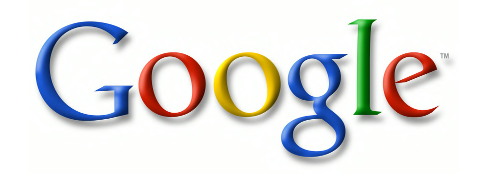


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

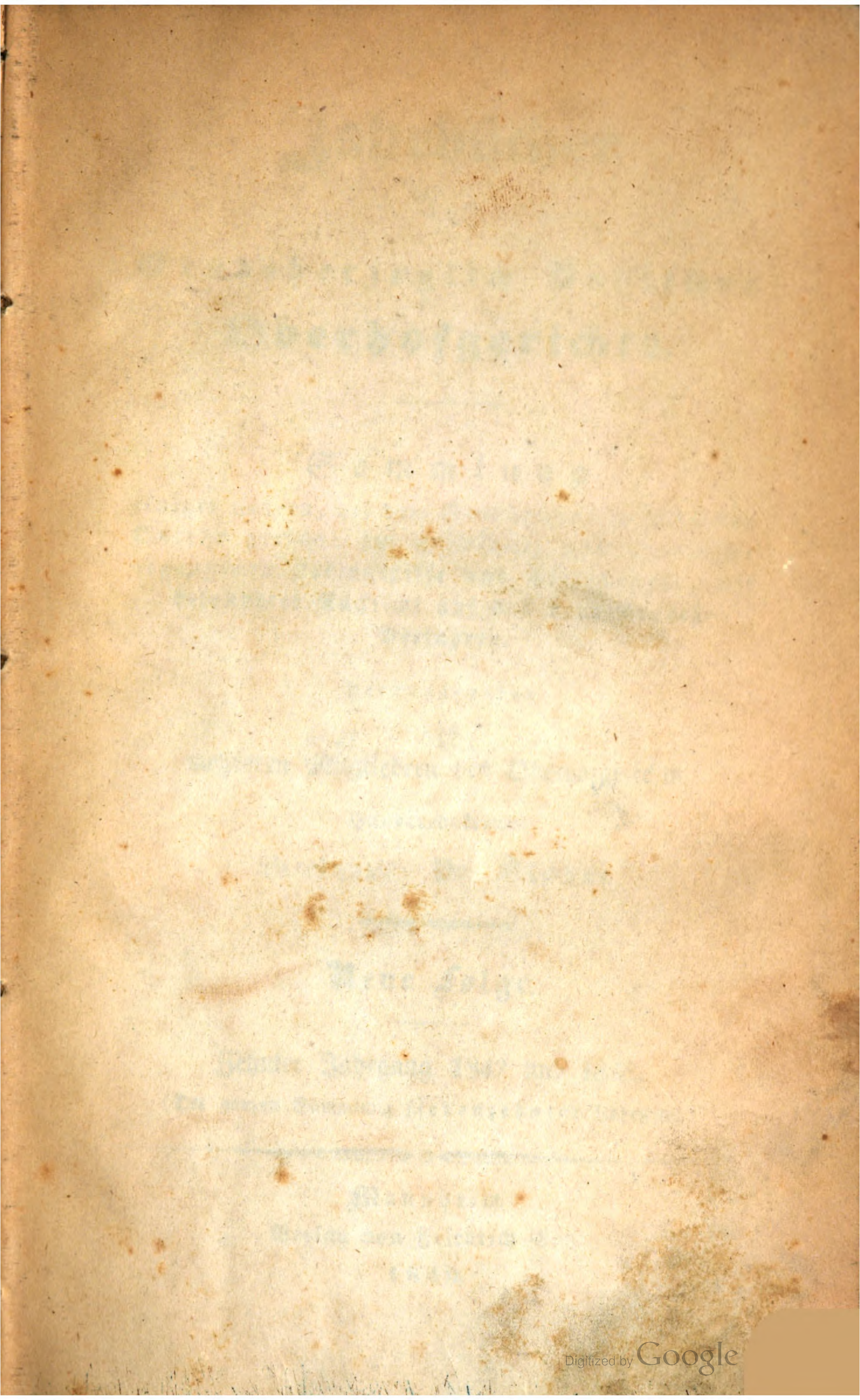
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

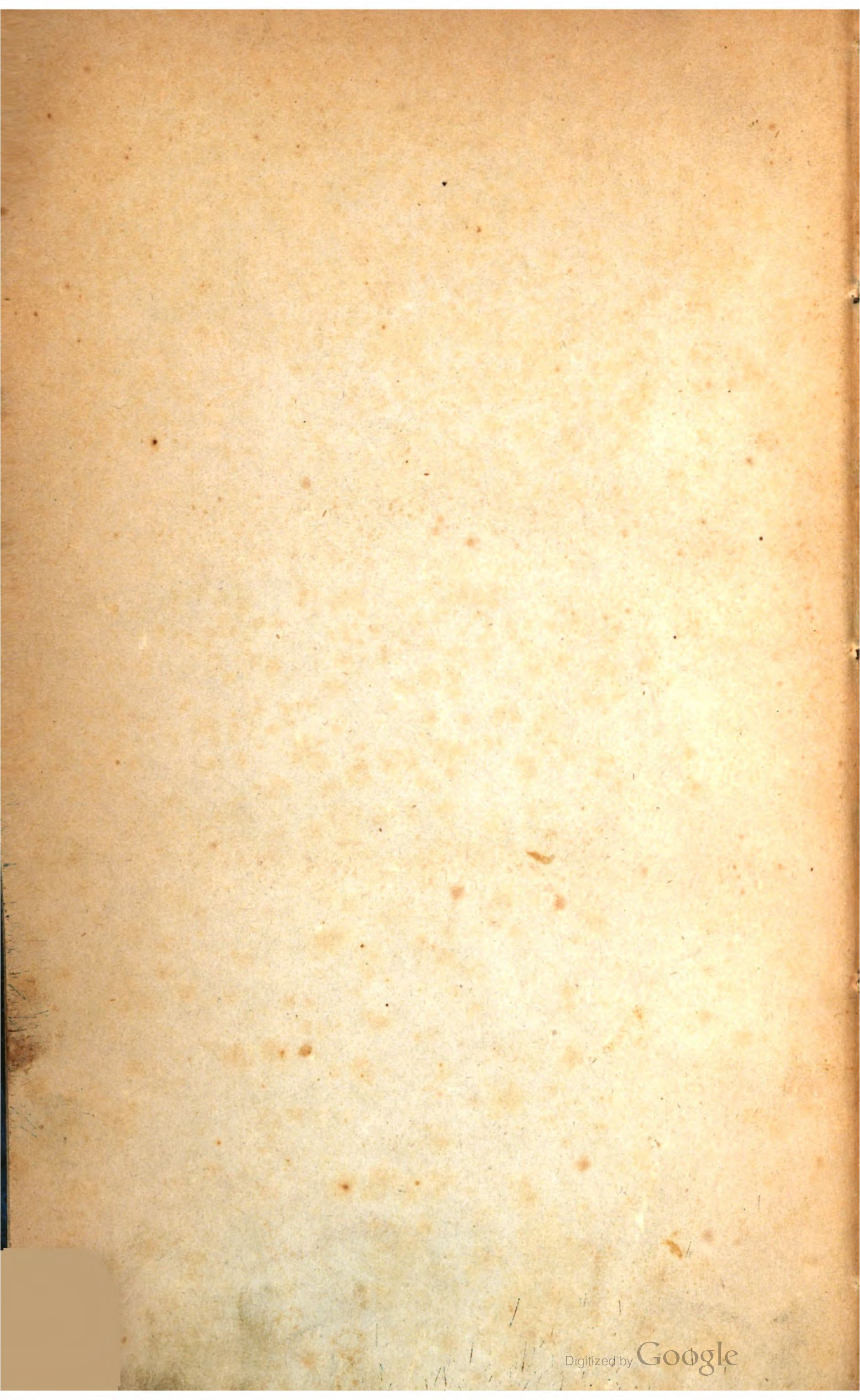


HL 11TX 8

Google


Digitized by Google




Digitized by Google

Baden. Oberhofgericht

Jahrbücher

des

Grossherzoglich Badischen Oberhofgerichts.

Sammlung

einiger neuern, bei dem Großherzoglich Badischen Oberhofgerichte im Criminal- und Civilfache ergangenen Erkenntnisse und Verfügungen, mit besonderer Rücksicht auf das neue Proceß-Verfahren.

Herausgegeben

von

mehreren Mitgliedern des Oberhofgerichts.

Hauptredakteur:

Vicekanzler Dr. Stabel.

Neue Folge.

Zehnter Jahrgang 1847 und 1848.

(Der ganzen Sammlung siebenzehnter Jahrgang.)

Mannheim.
Verlag von Friedrich Götz.
1849.

Digitized by Google

JAN 15 1912

Digitized by Google

Inhalt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Zwanzig Jahre liegen seit dem Eintritt in die Praxis hinter mir. Es waren Jahre unermüdlicher Thätigkeit in allen Richtungen des Juristenberufes, dem ich ausschließlich und mit stets wachsender Liebe meine ganze Kraft gewidmet habe. Ich darf darum hoffen, daß meine Uebernahme der Redaction dieser Jahrbücher von dem Vertrauen der juristischen Welt begleitet ist.

Ich beschränke mich, wie es auch schon in den letzten Jahrgängen geschehen, nicht auf nackte Mittheilung der gerichtlichen Entscheidungen.

Gründe und Gegengründe müssen zur Aneiferung des eigenen Nachdenkens der Leser und zwar häufig in weiterer Ausführung mitgetheilt werden, als solches der Natur der Sache nach in den Motiven eines Urtheils geschehen kann. Wo ich Irrthümer und Gebrechen in unserer Praxis wahrzunehmen glaube, lege ich meine Meinung dem prüfenden Blicke Aller, die sich für das Gedeihen unserer Rechtspflege interessiren, unverholen vor, damit durch allseitiges Ueberlegen die Wahrheit zu Tag gefördert werde. Diese Einrichtung der Jahrbücher, welche sich in den neueren Jahrgängen bereits Bahn gebrochen, hat auch anderwärts volle Billigung erhalten. So namentlich in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1847, S. 80.

„Es handelt sich ja nicht davon, wird dort in Bezug auf den „sechszehnten Jahrgang unserer Jahrbücher gesagt, einer Meinung „durch Autoritäten Eingang zu verschaffen, es gilt nur den Sieg „der Wahrheit. Nichts fördert diesen mehr als offenes Gegen-

Digitized by Google

„übertreten der verschiedenen Ansichten. Wo Einsicht und Wahr-„heitsliebe walten, da hört man nicht sagen:

„Wer Zweifel äußert, ob wir recht entscheiden,
„Greift unsere Würde an, das dürfen wir nicht leiden."

Da im gegenwärtigen Augenblicke Fälle aus dem Strafrecht kein Interesse darbieten können, bis die neue Strafgesetzgebung in's Leben getreten ist, so beschränkt sich die Mittheilung einstweilen auf Civilsachen.

Unter den letzteren empfiehlt man der allgemeinen Aufmerksamkeit am dringendsten die Nummer I. Diese Mittheilung bezweckt, einem Krebsschaden unserer gerichtlichen Praxis entgegen zu arbeiten, der Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit in der Prozeßführung den Sieg über das so vielfach verbreitete System der Lüge und Unwahrheit zu verschaffen. Dieser Kampf für Wahrheit und Recht ist um so dringender geboten, als in einer der Oeffentlichkeit übergebenen Schrift das Recht auf Wahrheit im Civilprozesse geradezu bestritten und dagegen das Recht der Lüge als ein selbst moralisch erlaubtes Mittel in Anspruch genommen wird, sofern man damit in einer Sache, die man für gut hält, Vortheile erringen zu können glaubt. Theoretisch dürfte der Sieg über diese Lehre nicht schwierig sein, und es hat auch an anderen Orten der Kampf gegen dieses Uebel in der neuesten Zeit tüchtige Streiter gefunden.

In den vorhin erwähnten Blättern ist im vorigen Jahre eine treffliche Abhandlung unter dem Titel „Advokatenmoral" erschienen. Es wird unter Anderem auch die Frage aufgeworfen, ob der Anwalt nicht etwa dann die Chikane zur Hilfe rufen dürfe, wenn er glaubt, eine entschieden gerechte Sache zu vertreten. Es wird dieses verneint und namentlich bemerkt: der Anwalt dürfe niemals lügen, weil die Lüge, affirmative oder negative, stets ein unrechtes Mittel und der eingewurzeltste unter allen Mißbräuchen sei, welche die Praxis verunstalten, weßhalb die Gesetzgebung die Lüge stets nachdrücklich in's Auge gefaßt und verpönt habe. Das Recht solle auf rechtlichem Wege zum Ziele gelangen, aber nicht hinter dem Rücken des Gesetzes eingeschmuggelt

Digitized by Google

werden, und es sei eine üble Sitte, der Wahrheit den Beistand der Unwahrheit zu leihen.

Bald nach dem Erscheinen dieser Abhandlung wurde in denselben Blättern S. 96 folgender Vorschlag gemacht:

„Möge sich eine Anzahl gesinnungstüchtiger Anwälte zu der „öffentlichen Erklärung vereinigen, daß sie sich unter einander „und dem Publikum gegenüber das Wort geben, in Ausübung „ihres anwaltschaftlichen Berufes keine Thatsache in Abrede zu „stellen, von deren Wahrheit sie nach dem Zugeständnisse des „Clienten oder nach vorliegenden Urkunden überzeugt sind, keine „Urkunden abzuläugnen, über deren Aechtheit sie keinen Zweifel „hegen, keine aus der Luft gegriffene Einrede entgegenzusetzen, „kein Rechtsmittel blos zur Verzögerung oder aus Rechthaberei „zu ergreifen, überhaupt der Maxime, daß der Zweck das Mittel „heilige, nie einen Einfluß auf die Prozeßführung einzuräumen, „sowie jede unnöthige Kostenvermehrung sorgfältig zu vermeiden. „Ein edles Beispiel, in solcher Art gegeben, würde segensvoller „Nacheiferung nicht ermangeln."

Dieser Vorschlag hat bei einzelnen bayerischen Anwälten alsbald Erfolg gehabt, wie auf S. 159, 240 jener Blätter zu ersehen ist. Andere meinten, es sei unnöthig, das eidlich Gelobte nochmals zu versprechen.

Ganz denselben Vorschlag macht

Mittermaier im civ. Archiv 30. B. S. 425,

wo er zugleich den badischen Entwurf einer Anwaltsordnung und die darüber veröffentlichte Kritik der Mannheimer Anwälte berührt. Er tritt dieser Kritik zwar in mehreren Punkten bei, welche auch vom Oberhofgericht gerügt wurden, bemerkt aber, daß er der Kritik der Anwälte in anderen Beziehungen nicht beistimmen könne.

Theoretisch steht also die Sache auf festem Boden. Es handelt sich nur noch darum, diesen Grundsätzen allseitige praktische Anwendung zu verschaffen — allseitige Anwendung, denn wenn auch Viele, selbst solche, die sich theoretisch anders ausgesprochen haben, praktisch keinen Gebrauch von dieser Theorie machen, so tritt doch in der Mehrzahl der Prozesse das bekämpfte

Digitized by Google

Uebel auf eine Weise hervor, welche tief zu beklagen ist. Die nothwendigen Folgen davon sind: daß die Hallen der Gerechtigkeit zu einem Tummelplatz niedriger Bosheit herabgewürdigt, daß nicht nur die Parteien wegen der dadurch veranlaßten Schlangenwindungen des Verfahrens mit enormen Prozeßkosten überladen werden, sondern auch der Staat natürlich um so mehr Richter anstellen und besolden muß, je mehr Zeit- und Kräftenaufwand zur Erledigung der Prozesse nothwendig ist. Das Volk wird an die Lüge gewöhnt und demoralisirt. Tausende von Klagen werden über die Justizpflege laut, die ihre eigentliche Quelle nur in dem Mißbrauch des Rechtsweges haben, gegen welchen kein Damm besseren Schutz gewährt, als der redliche Wille der Anwälte. Welcher herrliche Gewinn für unsere Rechtsverwaltung würde somit durch die allseitige gewissenhafte Befolgung der anempfohlenen Grundsätze erzielt werden! Nebst dem moralischen Gewinn mag einmal jeder erfahrene Praktiker selbst berechnen, welche Ersparniß an Zeit und Kräften, und folgeweise auch an den Kosten, die unsere Rechtsverwaltung in Anspruch nimmt, die unmittelbare und nothwendige Folge wäre. Das Resultat wird ihn überraschen! Neuerung in den Gesetzen allein kann nicht alle Gebrechen unserer Rechtspflege heilen; Belebung des Pflichtgefühls derjenigen, die an der Ausübung Theil nehmen, muß hinzutreten, und dann werden wir auch in dieser Beziehung einer besseren Zukunft entgegen gehen, die ohnedies das höchste Ideal eines jeden deutschen Juristen, ein gemeinsames deutsches Recht, zu verwirklichen verspricht. Mag auch diese Aufgabe, wenigstens in Ansehung des bürgerlichen Rechts, große Schwierigkeiten darbieten, sie können, sie müssen und sie werden besiegt werden.

Mannheim, im März 1848.

Dr. Stabel.

Digitized by Google

I.

Wahrheit und Lüge im Civilprozeß.

(§. 5 des Entwurfes einer Anwaltsordnung.)

Das gewöhnlichste und einfachste Mittel der prozessualischen Bosheit (calumnia civilis), der Chikane und Frivolität ist die Lüge. Zunächst werden die thatsächlichen Behauptungen des Gegners wider besseres Wissen in Abrede gezogen und dadurch die Prozesse in das Beweisverfahren getrieben und verzögert. Diese Verzögerung beträgt oft Jahre, wenn gar erst in zweiter oder dritter Instanz noch auf Beweise erkannt werden muß. Der Gegner wird genöthiget, seine Beweismaterialien zu entfalten und man hat die Möglichkeit vor sich, daß er in der Beweisführung vielleicht eine Blöße entwickelt, durch deren geschickte Benützung aus dem lügenhaften Widersprechen der Wahrheit ein prozessualischer Vortheil oder der Sieg Rechtens errungen werden kann. Es werden Urkunden vorgelegt, die zwar von dem Producten oder, wie dieser recht gut weiß, von seinem Rechtsvorfahren herrühren, allein auch die Aechtheit dieser Urkunden wird, sofern es Privaturkunden sind, abgeläugnet. Dadurch ist dem Beweisführer einestheils der indirecte Vorwurf der Fälschung und des Betruges gemacht, anderntheils wird ihm die weitere Schwierigkeit bereitet, die Aechtheit seiner Urkunden zu beweisen, und es kommt sofort, wie ohnedies auch dann, wenn der Beweispflichtige keine eigentlichen Beweismittel besitzt, und daher durch Aufforderung zum Eidschwur das Bekenntniß der Wahr-

Digitized by Google

heit zu erlangen sucht*), zu einer Eidesauflage. Trifft die Eidesauflage den bisherigen Lügner, so befindet sich dieser nunmehr in einer sehr verführerischen Lage. Auf der einen Seite widerstrebt es seinem falschen Schamgefühl, durch Verweigerung des Eides seine Bosheit entlarvt zu sehen, und noch obendrein würde er den Prozeß verlieren. Auf der anderen Seite winkt ihm der Sieg, wenn er sein Gewissen auf einige Augenblicke zu betäuben weiß, und eine Anklage wegen Meineid ist ihm bei der Schwierigkeit ihres Beweises in den seltensten Fällen gefährlich. Hat sich vollends die Partei überredet, daß abgesehen von der richterlichen Beurtheilung der Sache das Recht jedenfalls auf ihrer Seite sich befinde, so wird sie ihr Gewissen um so leichter beschwichtigen. Sie schwört hier in dem Gefühle ihres vermeintlichen Rechts, mag solches sich formell herausgestellt haben oder nicht. Sie kümmert sich wenig darum, wie die Eidesformel lautet, und ob gerade das beschworen werden kann, was nach deren Inhalt beschworen werden soll. Genug, daß der Eid nach ihrer Meinung einer gerechten Sache gilt.

Auf diese Weise kann eine Partei bei ihrer ohnedies aufgeregten Leidenschaft zu einem Meineide verleitet werden, wenn sie auch am Anfange des Prozesses auf ein solches Resultat keineswegs bedacht war. Die erste, durch den Widerspruch wahrer Thatsachen begangene Lüge wird, wie bei anderen Dingen, so

*) Dieses ist unseres Erachtens die richtige Auffassung der Natur des zugeschobenen Eides. Der Beweisführer hat gewiß nicht die Absicht, daß der Eid geleistet und durch die Eidesleistung gegen ihn bewiesen werde, so wenig als der Richter dadurch eine juristische Ueberzeugung erlangen soll. Wir werden Gelegenheit finden, uns hierüber weiter zu verbreiten und bemerken hier nur, daß die Pflicht, sich auf die Eideszuschiebung einzulassen, eine Folge der allgemeinen Verbindlichkeit ist, die Wahrheit zu bekennen, weil nur unter dieser Voraussetzung der Versuch, zu einem Geständniß zu nöthigen, als ein Recht des Beweisführers gedacht werden kann. (Gesterding Nachforschungen IV. 2. S. 61.)

Digitized by Google

auch hier im Prozesse, die Mutter der übrigen, und die Bosheit feiert einen Sieg über das Recht. Sollte aber auch die Partei am Ende es nicht wagen, sich mit einem falschen Eide zu belasten, oder sollte es überhaupt nicht zu einer Eidesauflage kommen, so hat sie doch wenigstens ihren Gegner Jahre lang herumgezogen und die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten hinausgeschoben.

Solche Erscheinungen — anderer Ränke und sonstiger Frivolitäten nicht zu gedenken — gehören nicht etwa zu den Seltenheiten, sondern die tägliche Erfahrung in unserer Praxis liefert den traurigen Beweis, daß das Abläugnen der gegnerischen Behauptungen und Urkunden fast die Regel bildet, und so zu sagen systematisch betrieben wird. Der Grund davon ist theils absichtliche Chikane, theils aber auch die viel verbreitete Meinung, daß das Widersprechen nur als eine Regel prozessualischer Klugheit und sorgfältiger Vertheidigung zu betrachten sei, wodurch die Scheue vor dem Mißbrauch des Rechtsweges immer mehr verschwindet. Mit Beispielen für diese traurige Wahrheit sind die Registraturen aller Gerichte, namentlich der Untergerichte des Landes angefüllt. Kürzlich ist uns sogar ein Rechtsstreit zur Aburtheilung vorgekommen, in welchem der Anwalt eines Beklagten Stundung von dem Kläger verlangte, und für den Fall der Gewährung die Forderung anzuerkennen, für den Fall der Verweigerung aber die Forderung widersprechen zu wollen erklärt hatte. Da der Kläger seinem Ansinnen nicht entsprach, wurde er der naiven Drohung gemäß mit der liquidesten Forderung in allen Instanzen herumgezogen. Dadurch erhielt der Beklagte — freilich um den theuren Preis der Prozeßkosten — eine längere Frist, als er sie begehrt hatte. Es ist daher kein Wunder, daß sich die Prozesse übermäßig häufen, daß die einzelnen Prozesse viel verwickelter werden und weit mehr Zeit und Kosten erfordern, daß der größere Theil der letzteren auf That- und Beweisfragen fällt, wenn auch die Wahrheit auf der einen und die Frivolität auf der anderen Seite noch so nahe liegt, daß endlich mit Eiden förmlich gespielt wird und die Acten und Urtheile von Eideszuschiebungen und

Digitized by Google

Eidesauflagen wimmeln, die dann in der Regel auch geleistet werden.

Wer durch diese alltäglich wiederkehrende Erscheinung noch nicht so abgehärtet ist, daß er dieselbe als einen sich gleichsam von selbst verstehenden Zustand zu betrachten gewöhnt wurde, muß darin einen der größten Uebelstände unserer bürgerlichen Justizpflege erkennen und es ist an der Zeit, denselben öffentlich zur Sprache zu bringen, zumal gegenwärtig ohnedies viel von den Zuständen unserer Rechtspflege gesprochen wird. Hiezu gibt eine kürzlich im Oberhofgerichtlichen Plenum stattgehabte Berathung Gelegenheit.

Das Großherzogliche Justizministerium hat nämlich den Entwurf einer Anwaltsordnung zur Begutachtung an die Gerichtshöfe des Landes hinausgegeben und der §. 5 dieses Entwurfes macht es den Anwälten zur Pflicht, „Verdrehungen und Entstellungen der Wahrheit, muthwilliges Abläugnen der Thatsachen und Urkunden, sowie ränkevolle Führung und Verzögerung der Rechtsstreitigkeiten strengstens zu vermeiden."

Die Mannheimer Anwälte haben eine Denkschrift gegen diesen Entwurf übergeben und darin namentlich auch den eben erwähnten §. 5 angegriffen, wodurch eine Diskussion über diesen Punkt veranlaßt wurde.

Der betreffende §. der Denkschrift der Anwälte lautet wörtlich wie folgt:

„Eben so bedenklich wie die Verordnungen des §. 4 erscheinen die Bestimmungen des §. 5, und zwar aus den nämlichen allgemeinen und aus noch weiteren besondern Gründen. Denn, obgleich die Anwälte für befugt erklärt werden, „ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, die mit ihrer Vollmacht, den Gesetzen und ihrem Gewissen vereinbar ist;" so sollen sie doch „Verdrehungen und Entstellungen der Wahrheit, muthwilliges Abläugnen von Thatsachen und Urkunden, so wie ränkevolle Führung und Verzögerung der Rechtsstreitigkeiten strengstens vermeiden." Auch diese Bezeichnungen

Digitized by Google

für nicht gewissenhaften Gebrauch von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln sind viel zu unbestimmt, um Ausnahmen von einem so wichtigen Grundsatz charakterisiren zu können; die Richtigkeit dieser Bemerkung ist auch schon im ersten Satz bei Aufstellung des Grundsatzes selbst anerkannt; denn indem man den Anwalt auf sein Gewissen anwies, mußte man nothwendig von der Ueberzeugung ausgehn, daß in einer so delikaten Materie, in der Jeder sein Urtheil in seinem Innern zu schöpfen hat, feste äußere Regeln nicht zu finden sind. Ueberdies scheint der Bestimmung jener Mangel an tieferer Einsicht in die Anwaltsthätigkeit bei der Rechtsvertretung zum Grunde zu liegen, den man bei ausgezeichneten theoretischen und praktischen Juristen findet, die, weil sie selbst nie Anwälte gewesen, nicht ermessen können, welches der Standpunkt ist, von dem der Anwalt in den verschiedenen schwierigen Lagen auszugehen hat, welche sein Beruf darbietet. Schon im gewöhnlichen Leben gilt als bekannte Wahrheit, daß jede Sache ihre zwei Seiten hat; dies muß natürlich bei streitigen Sachen in verstärktem Maaße der Fall sein. Da nun jeder der streitenden Theile nur für sich zu sorgen hat und dem Richter überlassen darf, das Rechte herauszufinden: so lehrt die tägliche Erfahrung, daß jede Partei das vorhandene thatsächliche Material so darzustellen sucht, wie es ihr zum Vortheil und der Gegenpartei zum Nachtheil gereicht. Da es aber nur eine Wahrheit gibt, so wird man überall, wo gestritten wird, allemal wenigstens der einen Partei, in der Regel aber beiden den gerechten Vorwurf machen können, sich „Verdrehungen oder Entstellungen der Wahrheit" erlaubt zu haben. Warum aber der Anwalt bei Vertretung der Parteien von jener so natürlichen Taktik abgehn soll, welche der Instinkt dem einfachsten Menschen eingibt; warum der Anwalt die Rolle des Richters seiner eignen Partei gegenüber spielen; warum dem Anwalt verboten werden soll, was doch der Partei selbst erlaubt ist: dies dürfte wohl schwer zu ergründen sein und wir dürfen kühn an das feinste Rechtsgefühl mit der Frage appelliren: ob die parteiische Vertretung nach unsrer Gesetzgebung, eine parteiische bleiben oder zur unparteiischen, d. h. zur Nichts

Digitized by Google

werden soll? Denn wir dürfen voraussetzen, daß sich Jeder vor der Entscheidung in die Lage des Betheiligten zu versetzen sucht.

Was hinzukommen muß, damit das an sich erlaubte Abläugnen von Thatsachen zum „muthwilligen," damit die Führung und Verzögerung der Rechtsstreitigkeiten zur „ränkevollen" werde, sagt der Entwurf nicht; man wird daher annehmen dürfen, daß unter jenem Abläugnen das Abläugnen gegen besseres Wissen, unter dieser Verzögerung absichtliche Verzögerung, daß unter der ränkevollen Führung der Prozesse das Abweichen vom gewöhnlichen geraden Weg verstanden werden soll. So sehr wir nun auch Alles verabscheuen, was in das Gebiet der Chikane gehört, so scheint uns hier doch übersehen worden zu sein, daß ein Rechtsstreit ein Kampf, der nicht nur nach bestehenden Gesetzen zu entscheiden, sondern auch mit Anwendung der nämlichen Mittel geführt werden, daß folglich der Gebrauch dieser Mittel auf beiden Seiten gleich, somit auf beiden gleich erlaubt sein muß und daß nur gesetzwidrige Mittel untersagt werden dürfen. Wollte man hievon abgehn, wollte man die Parteien und ihre Anwälte zu moralischem Abwägen jedes einzelnen Schrittes in dem ganzen Krieg nöthigen, so würde die Folge davon nur zu oft die Unterdrückung des Rechts zum Vortheil des Unrechts sein; denn man müßte dann die eine Partei zwingen, unter allen Verhältnissen vor Gericht nur die Wahrheit zu sagen und nur den geraden Weg zu wählen, selbst wenn sich die Gegenpartei vor Beginn des Rechtsstreits, bei Constituirung des Rechtsverhältnisses selbst, das rechtswidrigste Verfahren, wenn sich dieselbe während des Rechtsstreits die abscheulichsten Ränke offen oder verborgen erlaubt hätte und noch fortwährend erlaubte; selbst wenn von einem ungeschickten Unterrichter, deren es leider noch viele gibt, die verletzendsten Verfügungen ergangen oder doch zu erwarten wären, welchen nur durch Abweichen vom geraden Weg begegnet werden könnte. Aus einem Beispiele werden sich die Verhältnisse klarer durchschauen lassen. Ein Wucherer hat einen leichtsinnigen Menschen auf die schändlichste Weise betrogen und ist in Folge dieses Betrugs in den

Digitized by Google

Besitz eines von diesem ausgestellten Wechsels gekommen; den Betrug kann aber der Schuldner nur durch Zeugen beweisen; weshalb er mit der Einrede des Betrugs in dem gegen ihn eingeleiteten Executivproceß zum besondern Austrag verwiesen wurde. Derselbe hat nun zwar erhebliche Gründe für sich, aus welchen er im Fall einer sofortigen Verurtheilung zur Zahlung, nach §. 739 der Proceßordnung Sicherheitsleistung wegen des Rückersatzes verlangen könnte; allein er hat nach frühern Entscheidungen des Richters über die nämliche Frage, die Verwerfung seines Gesuchs, und nach der Persönlichkeit des Klägers, sowie nach dessen äußern Vermögensverhältnissen den Verlust der eingeklagten Summe, sobald sie einmal gezahlt, zu erwarten. Er weiß aber zugleich, daß der Kläger die Aechtheit des Wechsels nur durch Eideszuschiebung beweisen kann — und nun gibt ihm sein Anwalt den Rath, die Aechtheit des Wechsels gegen besseres Wissen abzuläugnen, gegen das auf Eid ergehende Urtheil durch alle Instanzen zu appelliren, dabei aber jedesmal die Frist zur Uebergabe der Appellationsbeschwerdeschrift zu versäumen, immer erst mit Ablauf des Wiederherstellungstermins das Rechtsmittel einzuführen und in den weitern Instanzen den Rechtsstreit so lange zu verzögern, bis die Einrede des Betrugs bewiesen und der Unterrichter dadurch zu bestimmen ist, dem Kläger die Stellung der nöthigen Sicherheit für die Rückzahlung der eingeklagten Summe aufzugeben. Zu allen diesen Schritten ist die Partei berechtigt, weil es formell gesetzliche sind und doch müßte der Anwalt des Betrogenen zum Vortheil des Betrügers nicht nur von denselben abrathen, ja er dürfte sich selbst mit Uebereinstimmung seiner Partei, zu denselben nicht verstehen, weil, wenn er den einzigen Weg, auf welchem ihr zu helfen, einschlüge, die Strafe des muthwilligen Abläugnens von Thatsachen und Urkunden, sowie der ränkevollen Führung und Verzögerung des Rechtsstreites über ihn kommen würde. Oder soll vielleicht der Anwalt zu dem Betrogenen sagen: Du bist betrogen und bleibst betrogen, das Gesetz erkennt Dein Recht und das Unrecht Deines Gegners; allein über dem Recht steht das Unrecht, welches die Form für sich hat,

Digitized by Google

das Unrecht, welches sich nichts um die Sittlichkeit kümmert, der Du — tröste Dich mit diesem Ruhm — zum Opfer fallen mußt! Wenn so das Recht zur Beute einer empfindelnden Sittlichkeit werden sollte, dann hätte man noch viel mehr Grund auch das Recht der Nothwehr aus dem Strafgesetzbuch zu streichen; denn die Nothwehr kann ja nur durch an sich rechtlich unerlaubte Handlungen ausgeübt werden. Allein man wird uns entgegnen, wir vertheidigten den Grundsatz: der Zweck heiligt die Mittel, jedoch mit Unrecht; denn so lange die Mittel gesetzlich erlaubte sind, bedürfen sie keiner weitern Heiligung und im Nothstand, der in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten viel häufiger vorkommt, als im Strafproceß, gilt jener Grundsatz wenigstens innerhalb der Grenzen, in denen dem rechtswidrig Angegriffenen durch das Strafgesetz das Recht der Nothwehr gestattet ist.

Wie das vorhin erwähnte so könnten noch viele Beispiele angeführt werden, aus welchen sich klar ergibt, daß die Beschränkung des Gebrauchs formell gesetzlicher Streitmittel aus mißverstandenen moralischen Rücksichten, die Unterdrückung des Rechts zu Gunsten des Unrechts befördern müßte und daß nur durch das Verbot aller formell erlaubten Mittel die Unterdrückung alles Mißbrauchs derselben erreicht werden könnte. Freilich hat auch hier, wie überall Alles seine Grenzen; allein diese Grenzen sind entweder rechtliche, dann ist die Gegenpartei durch das Gesetz geschützt, oder es sind rein moralische, welche nach dem im L.-R.-S. 6 g ausgesprochenen, jeder Rechtsgesetzgebung zum Grund liegenden Prinzip keinen Anspruch auf Schutz durch Zwangsrechte machen können, denen abgesehen von jenem Prinzip ein solcher Schutz nicht zu Theil werden darf, wenn nicht bei der unter allen Verhältnissen möglichen Umgehung noch so klug ersonnener Verbote, die unredliche Partei zum Nachtheil der redlichen begünstigt, dem gewissenhaften Anwalt die Vertretung in vielen Fällen unmöglich gemacht und die Verschmitztheit gewissenloser Sachwalter ausgebildet werden und triumphiren soll.

Aus allem diesem folgt aber, daß nichts übrig bleibt, als die ganze Prozeßführung dem Gewissen der Partei und des Anwalts

Digitized by Google

unbedingt zu überlassen, weil durch jede noch so wohl gemeinte Beschränkung nur Böses gestiftet werden könnte." —

Das Wesentliche dieser Behauptungen besteht also in folgenden Sätzen:

Das Widersprechen von Thatsachen und Abläugnen von Urkunden, wenn es auch gegen besseres Wissen geschieht, ist vom rechtlichen Standpunkte aus keine unerlaubte Handlung, sondern ein gesetzlich erlaubtes Vertheidigungsmittel der Parteien. Aber auch eine moralische Verpflichtung zur Wahrheit ist nicht immer vorhanden, sondern es kann Fälle geben, wo die Lüge als ein Nothrecht der Partei erscheint. Was nun den Parteien selbst gestattet ist, muß auch dem Vertreter derselben erlaubt sein und dieser allein hat im einzelnen Falle zu entscheiden, ob das Interesse der Partei ein Widersprechen und Abläugnen räthlich mache, weßhalb er von Niemanden über diese Gewissenssache zur Verantwortung gezogen werden kann.

Das Oberhofgericht erkannte diese Theorie nicht als richtig an, sondern es wurde in dem Berichte an das Großh. Justizministerium ausdrücklich mißbilliget, daß in der Schrift der Anwälte das Abläugnen wahrer Thatsachen und ächter Urkunden gegen besseres Wissen, welches nach täglicher Erfahrung in unserer Praxis auf eine höchst bedauerliche Weise überhand genommen habe, und ein Hauptmittel der Chikane und Prozeßverzögerung bilde, für eine vom Gesetz erlaubte Rechtsvertheidigung ausgegeben werde.

Die Gründe, welche diesen Beschluß und die Verwerfung der Grundsätze der Anwälte motivirt haben, bestehen im Wesentlichen in folgenden, theils auf die Pflichten der Parteien selbst, theils auf das Pflichtenverhältniß der Anwälte sich beziehenden Betrachtungen.

Zwischen Rechtspflichten und Sittenpflichten besteht allerdings der bekannte wesentliche Unterschied, daß nur die ersteren, nicht aber die letzteren erzwungen werden können, oder: daß nur die Verletzung der Rechtspflichten, nicht aber auch die Verletzung der Sittenpflichten mit rechtlichen Nachtheilen bedroht ist. Es

Digitized by Google

ist jedoch die Beantwortung der gegnerischen Behauptungen und Urkunden an sich keine dem sittlichen Gebiet angehörige Handlung, sondern sie ist eine rein juristische oder eine Rechtshandlung, zu deren Vornahme eine prozessualische Verbindlichkeit besteht, indem die Unterlassung mit Nachtheilen verbunden ist.

Diese Rechtshandlung kann entweder in redlicher Weise oder sie kann unredlich, gefährdevoll und dolose vollzogen werden. Das letztere ist ohne allen Zweifel der Fall, wenn die Wahrheit gegen besseres Wissen für Unwahrheit ausgegeben wird, um dadurch einen Rechtsvortheil zu erringen. Der Richter, der auf thatsächliche Voraussetzungen hin Recht sprechen muß, soll durch die Lüge in diesen Voraussetzungen irre geleitet werden, und der Gegner wird indirect als Lügner, Fälscher und Betrüger hingestellt. Die Frage ist also einfach diese, ob eine Rechtshandlung vor Gericht in dieser höchst dolosen Weise vorgenommen werden dürfe, ob die Gesetze hier die Gefährde für erlaubt erklären, während sie doch sonst bei allen Rechtshandlungen die Gefährde verfolgen.

Geht man zunächst einfach von der Handlungsweise eines redlichen und ehrenhaften Mannes aus, so wird es dieser unter keinen Umständen über sich gewinnen können, eine von seiner Hand herrührende Urkunde für unächt zu erklären und damit zugleich seinen Gegner zu verläumden, möchte auch noch so viel auf dem Spiele stehen, und möchte ihn auch sein Anwalt zu überreden suchen, das Widerstreben gegen eine solche Lüge sei empfindelnde Sittlichkeit und der Zweck der Abwehr des vom Gegentheil verfolgten Unrechts entschuldige das Mittel der Lüge. Er wird einen solchen Rath standhaft zurückweisen, und sein Bekenntniß nicht als eine alberne Redlichkeit, sondern als eine Ehrensache betrachten. Er wird mit einem Worte die Verläugnung seiner Schrift und die damit verbundene falsche Beschuldigung seines Gegners als eine turpitudo verschmähen.

Es müßte wahrlich schlimm mit unserer Gesetzgebung stehen, wenn sie die Art und Weise der Vornahme einer Prozeßhandlung, welche in den Augen des redlichen Mannes unter allen Umstän-

Digitized by Google

den eine turpitudo ist und bleibt, für ein rechtlich erlaubtes Benehmen erklären würde. Die römischen Juristen haben das „honeste vivere" als eines der drei ersten Rechtsgebote aufgestellt, und sie wollten damit namentlich sagen, daß ein ehrenwerthes Benehmen auch in allen Rechtshandlungen beobachtet und keine Gefährde oder Schändlichkeit geduldet werden soll, ne cui dolus suus per occasionem juris prosit.

L. 1. §. 1. D. de doli except. 44. 4.

Das römische Recht verfolgt darum auch die calumnia civilis d. h. Alles, was unter den Begriff einer unredlichen und chikanösen Prozeßführung gehört, mit großer Strenge, und bezeichnet ein solches Läugnen als turpis et indecens abnegatio.

Glück Pandecten. 5. Bd. S. 386.
Nov. 18. c. 8.

Nunc admonendi sumus magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent, quod nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coërcetur.

pr. J. de pœna temere lit. 4. 16.

Will man den Prozeß überhaupt mit einem physischen Kampfe vergleichen, so ist derselbe kein Banditenkrieg, wo alle schlechten Mittel von beiden Seiten zur Anwendung kommen, sondern es paßt eher das Bild eines auf ehrenhafte Weise zu vollziehenden Duells. Die Redlichkeit der Parteien vorausgesetzt, fordern dieselben den Richter auf, ihre entgegengesetzten Meinungen über das Recht zu entscheiden und beide müssen, soweit es sich um eine baldige und wenigstkostspielige Entscheidung handelt, dasselbe Interesse haben. Nur in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung sucht jede Partei den Richter von ihrem Rechte zu überzeugen, aber nicht mit unehrlichen Mitteln. Nur jene Thatsachen kommen zum Beweis, von denen nicht beide Parteien Kenntniß haben. Gleich wie die Gefährde bei allen

Digitized by Google

Rechtshandlungen verdammt ist, so auch bei Handlungen vor Gericht am allerehesten, nam judicio contrahitur!

Deßwegen bezeichnen alle Lehrbücher des Prozesses das muthwillige Läugnen als eine unerlaubte Handlung, und die Pflicht, bei der Wahrheit zu bleiben, als eine wechselseitige Parteienpflicht.

Martin §. 39. Bayer S. 68.

Grolmann §. 58a. Glück Pandecten 6. Bd. S. 182. u. s. w.

Schmid I. §. 69 sagt insbesondere:

„Die den Parteien obliegenden Pflichten sind: mit Wahrheit die den eigenen Anträgen zum Grunde liegenden Thatsachen vorzutragen, und die in den des Gegners enthaltenen zu beantworten, mit Redlichkeit den Prozeß zu führen, sich namentlich aller Handlungen, die auch ausser dem Prozeß unerlaubt sind, zu enthalten. Die Verletzung dieser Pflichten durch absichtliches Entgegenhandlen bildet die Chikane (calumnia civilis), die Verletzung derselben durch kulpose Prozeßführung aber die temeritas litigandi. Die Verletzung dieser Pflichten ist in den Gesetzen mit verschiedenen Strafen und Nachtheilen bedroht. Dahin gehören nach neuerem römischen Recht 1) die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung, 2) die Contumazialfolgen, 3) die actio in factum de calumniatoribus, 4) die Infamie bei der actio directa mandati, depositi, tutelæ, pro socio, 5) in bestimmten Fällen der Grundsatz: lis inficiando crescit in duplum, was namentlich auch gegen Curatoren und Prokuratoren gilt, und so noch viele andere Bestimmungen.

Quam ob rem nobis necessarium visum est indecentes et turpes abnegationes prædictæ pœnæ subjicere. Si enim protulerit quis scripturam, alter autem eam negaverit — condemnationem adversus eum in duplicem fieri sancimus, non quia amarioribus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore pœnæ citius dicant, quod confiteri competit.

Nov. 18. c. 8.

Digitized by Google

Auch Mittermaier, welcher ehedem etwas laxere Grundsätze in dieser Beziehung aufgestellt hatte, bekennt in der neuesten Auflage seiner Prozeßvergleichung I. S. 159 seinen früheren Irrthum offen und sagt de lege ferenda et de lege lata: daß man die Parteien für verpflichtet halten müsse, die Wahrheit vor Gericht zu sagen, weil die Lüge schon an sich etwas Schändliches sei, daß sie aber noch tadelnswerther erscheine, wo die Partei durch ihre Lüge die Obrigkeit täusche, und die Vorspiegelung der Unwahrheit als ein Mittel brauche, auf rechtswidrige Weise sich Vortheile zu verschaffen oder den Prozeß zu verzögern. Von einem Nothlügenrecht findet sich keine Spur.

Die Franzosen, welchen gegenüber der Deutsche so gerne mit seiner Biederkeit prahlt, verfolgen ebenfalls die Lüge im Prozeß und der Art. 213 ihrer Prozeß-Ordnung bestimmt insbesondere, daß der muthwillige Abläugner einer Urkunde zum Schadensersatz und zu einer Geldstrafe von 150 Fr. verurtheilt werden soll, und nebstdem bei persönlichem Arrest in der Hauptsache kondemnirt werden könne. Es wäre ein sehr trauriges Zeugniß für den Geist unserer Prozeß-Ordnung, wenn man in ihr den Grundsatz finden könnte, daß das muthwillige Läugnen ein erlaubtes Vertheidigungsmittel sei. Sie ist bekanntlich fast ganz aus den Lehrbüchern des gemeinen Rechts hervorgegangen und es wäre kaum zu begreifen, wie sie in einem so wichtigen Punkte, nämlich in der Anerkennung der Pflicht zur redlichen Prozeßführung von dem Vernunft- und bisherigen positiven Recht hätte abweichen können. *Solche* Fortschritte wären wahrlich nicht zu wünschen!

Sie hat zwar allerdings nirgends den Satz wörtlich aufgenommen, daß die Parteien zur Wahrheit verpflichtet seien; sie hat auch die besonderen Strafen des muthwilligen Läugnens nicht beibehalten. Allein das Erstere war überflüssig, weil die Gefährde schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als etwas unerlaubtes gilt, denn unrecht ist die That, womit eine an sich erlaubte Handlung auf eine widerrechtliche Weise wissentlich verübt wird (Satz 1382 a des Landrechts) und eine widerrechtliche Art der Einlassung ist zweifelsohne die Lüge. Der Gesetzgeber kann unmöglich

Digitized by Google

die allgemeinen Rechtswahrheiten bei jeder Gelegenheit wiederholen. Er muß der Wissenschaft die richtige Anwendung derselben vertrauen, und wenn man jede allgemeine Rechtswahrheit für jeden einzelnen Fall schwarz auf weiß vor sich haben müßte, um sie anzuerkennen, so bedürfte es keiner Rechtsgelehrten und keiner Rechtswissenschaft, sondern nur der Fertigkeit zu lesen. Ferner darf aus der Abschaffung der besonderen Bosheitsstrafen nicht auf die Erlaubtheit der boshaften Prozeßführung geschlossen werden. Es folgt daraus nur, daß es bei der allgemeinen Strafe der Verbindlichkeit zum Schadensersatze bleibt, wie in der Regel bei allen unerlaubten Handlungen unseres Civilrechts. Und eben diese allgemeine Folge ist sanktionirt durch die Grundsätze über den Ersatz der Prozeßkosten, bei deren richtiger Anwendung Jeder, der muthwillig läugnet, auch wenn er am Ende den Prozeß gewinnt, nach Satz 1148 a die durch diese unerlaubte Handlung verursachten besonderen Kosten auf sich leiden muß. Der §. 170 entschuldiget die Unwahrheit nur dann, wenn Thatsachen in Frage sind, welche die Partei zu wissen nicht verbunden war. Der §. 92 Absatz 4 verpflichtet sogar denjenigen zum Schadenersatz, der sich, wohl wissend daß er nicht der rechte Beklagte sei, dennoch auf die Klage eingelassen hat. Es wird also hier selbst das Verschweigen der Wahrheit, das Nichtrügen eines gegnerischen Irrthums für unerlaubt erklärt und da der Beklagte in diesem Falle gewiß ein geringeres Unrecht begeht, als wenn er ächte Urkunden abläugnet, und dadurch seinen Gegner verläumdet, so wäre es eine unbegreifliche Inconsequenz, wenn das letztere als erlaubt und das erstere als unerlaubt betrachtet würde.

Endlich kann in dem geistigen Kampfe des Prozesses vor dem Richter von einer Nothwehr, wie bei physischen Angriffen, gegen welche der Staat nicht zu schützen vermag, keine Rede sein. Auch würde daraus nicht folgen, daß man die Lüge freigeben, sondern nur, daß man sie im Falle solcher Nothwehr entschuldigen müsse.

Das Beispiel, welches benützt wird, um einen Nothstand des Beklagten darzustellen und seine Abläugnung der Urkunden u. s. w. zu rechtfertigen, ist sehr unglücklich gewählt. Wer im Exekutiv-

Digitized by Google

prozeß verfolgt, zwar gegründete Einreden hat, damit aber wegen Mangels schleuniger Beweise zum besonderen Austrag verwiesen wird, soll aus Nothwehr berechtiget sein, die Urkunden abzuläugnen, um den Exekutivprozeß zu verzögern und diese Verzögerung soll das Mittel zu dem erlaubten Zwecke sein, inzwischen den Beweis der Einreden zu führen. Nun ist es aber prozessualisch gar nicht denkbar, daß der besondere Austrag beginnt, ehe der Exekutivprozeß erlediget ist. Durch das Urtheil im Exekutivprozesse soll erst rechtskräftig ausgesprochen werden, ob es überhaupt zu einem besonderen Austrag der Einreden kommen soll, denn der Beweis der Einreden wäre ja ganz unnütz, falls die Exekutivklage verworfen würde. Die Verzögerung des Exekutivprozesses durch Läugnen u. s. w. kann also unmöglich zu dem Resultate führen, daß inzwischen die Einrede bewiesen und dadurch die Verwerfung der Exekutivklage herbeigeführt werden kann.

Ueberhaupt läßt sich das Verbot der Chikane nicht dadurch widerlegen, daß man behauptet, der Ränke zu bedürfen, um Ränke des Gegners zu bekämpfen. Das Verbot hat ja gerade den Zweck, zu verhüten, daß eine Partei auf eine ränkevolle Art im Prozesse verfolgt wird. Wo eine Gefahr droht, schützt das Gesetz und wenn die Partei oder ihr Anwalt genügende Gründe haben, an eine Gefahr zu glauben, werden sie diese auch dem Richter glaubhaft machen können. Schwerlich aber wird man zu behaupten vermögen, daß derjenige, der mit Lüge und Verläumdung verfolgt wird, sich derselben Mittel bedienen dürfe, um die Wirkung des Angriffes zu bekämpfen. Es läuft also in der That Alles auf den Satz hinaus, daß der Zweck die Mittel heiligen soll, denn das Mittel ist rechtlich wie moralisch unerlaubt, und zum Schutze wegen Mangels gesetzlicher Hilfe nirgends nothwendig. Ueberdies ist es für den Anwalt eine gewagte Sache, aus der einseitigen Darstellung seines Clienten sogleich die Gewißheit zu erlangen, daß der Gegner eine schlechte Sache verfolge, daß seine Urkunden durch Betrug erschlichen seien u. s. w.

Wenn hiernach den Parteien das muthwillige Läugnen als eine unerlaubte Schändlichkeit aufgerechnet werden muß, so folgt

Digitized by Google

daraus von selbst, daß auch die Anwälte sich dieses Mittels nicht bedienen dürfen. Es treten aber bei den Anwälten noch ganz andere Gründe ein, welche ihnen verbieten, sich zum Urheber oder Gehilfen der Lüge herabzuwürdigen.

Diese Gründe ergeben sich aus der richtigen und würdigen Auffassung des Advokatenstandes überhaupt und wir müssen hierüber aus den oberhofgerichtlichen Acten einige allgemeine Bemerkungen in gedrängter Kürze ausziehen und voranschicken, indem auch in der Anschauungsweise der Stellung und des Pflichtenverhältnisses der Advokaten überhaupt ein sehr bedeutender Contrast zwischen dem Standpunkte des Entwurfes und dem der Denkschrift der Mannheimer Anwälte besteht.

Der Standpunkt von welchem der Entwurf ausgegangen ist, um das Rechtsverhältniß der Anwälte, ihre Rechte und Pflichten zu beurtheilen, ist augenscheinlich das Resultat einer sorgfältigen Forschung in der Geschichte und Gesetzgebung anderer Länder und er entspricht vollkommen dem öffentlichen Interesse, dem eigenen Interesse der Anwälte und der Natur der Sache.

Gewiß ist nichts natürlicher, als daß man sich bei Gesetzesentwürfen, oder bei der Critik derselben, wenn diese anders einen Werth haben soll, nach den Gesetzen und nach den Lehren der Erfahrung anderer Länder und Staaten über den betreffenden Gegenstand umsieht. Bei einer Anwaltsordnung insbesondere wird man, da dieser Stand so alt ist, als das Recht, nicht aus dem Stegreife Verordnungen machen oder kritisiren, sondern allernächst seinen Blick auf diejenigen Länder und Zeiten richten, in welchen dieser Stand jene Stufe der Blüthe und des Ansehens erreicht hat, die seinem so wichtigen und einflußreichen Berufe gebührt, denn die Rechtsverhältnisse, unter welchen jener Stand sich emporgeschwungen hat, können ihm nicht wohl hinderlich, sondern sie müssen ihm förderlich gewesen sein.

Die Staaten, in welchen die Rechte und Pflichten des Anwaltsstandes von dem würdigsten und ehrenvollsten Standpunkte aus betrachtet und festgestellt wurden, und in denen auch der Advokatenstand die gebührende Stellung eingenommen hat oder ein-

Digitized by Google

nimmt, die Staaten, deren Gesetze uns durch Rezeption auch in anderer Beziehung am nächsten liegen, sind aus der Vergangenheit Rom, selbst noch bis in die spätere Kaiserzeit, und aus der Gegenwart Frankreich. Durch eine Vergleichung der dortigen Rechtsverhältnisse der Advokaten mit den Bestimmungen des Entwurfs ergibt sich eine vollkommene Uebereinstimmung nicht nur in Ansehung der Hauptgrundsätze, sondern wir überzeugen uns alsbald, daß dieser Entwurf im Wesentlichen eine vollständige Nachbildung der französischen Ordonnanz vom 4. Dez. 1800 für die Avoués, sodann der Ordonnanzen vom 14. Dez. 1810 und vom 20. Nov. 1822 *) für die Advokaten enthält. Als die wesentlichen Grundbedingungen für das Gedeihen des Advokatenstandes hat man bei Erlassung dieser Ordonnanzen folgende aufgestellt: die strenge von den Anwälten unter sich selbst zu handhabende Wachsamkeit über Erhaltung der Rechtlichkeit, des Zartgefühls, der Uneigennützigkeit, Versöhnlichkeit, der Wahrheits- und Gerechtigkeitsliebe sowie des Eifers für den Schutz der Schwachen und Verfolgten. Die Obhut über Erfüllung dieser Pflichten und die Verfolgung einer Verletzung derselben ist dem aus den Anwälten selbst gebildeten Disciplinarrathe in erster Instanz übertragen. Unter den Anwälten besteht, wie der Gerichtshof von Caen in einer Disciplinarsache am 8. Januar 1830 sich aussprach, eine Art von Sammtverbindlichkeit der Ehre und des Zartgefühls, welche die Handlungen des Einen oder des Anderen dem ganzen Stande gemeinschaftlich macht. Ihre Ehre ist untheilbar und wenn der Eine von ihnen

*) In dem Berichte des Justiz-Ministers an den König bei Vorlage des Entwurfes zur Genehmigung bemerkt derselbe, daß er die gebildetsten und erfahrensten Juristen, welche im Barreau ergraut seien, und eher ihr eigenes Interesse und ihren eigenen Ruhm aufopfern würden, als den des Standes, in welchem sie ihr ehrenvolles Leben zugebracht, zu Rathe gezogen habe, und daß der Entwurf mehr ihr Werk, als das seinige sei.

Dalloz Repert. V. p. 467.

Digitized by Google

eine Handlung begeht, die ihn unwürdig macht, mit seinen Collegen in Verbindung zu stehen, und neben ihnen im Barreau Platz zu nehmen, so gibt er dadurch seinen Collegen das Recht, ihn aus der Rolle zu streichen und aus ihrer Mitte zu weisen. Diese Entsetzung ist eine censure, welche die guten Sitten befördert. Während das Strafverfahren sich nur auf ausdrücklich für strafbar erklärte Handlungen erstreckt, ist die censure eine diskretionäre Gewalt, die keine andere Grenzen hat, als die innere Ueberzeugung und das Rechtlichkeitsgefühl derjenigen, die sie ausüben. Sie beschränken zu wollen, hieße durch diese einzige Thatsache einen der edelsten Berufe der bürgerlichen Gesellschaft vernichten! Es ist unmöglich, sprach ferner der Gerichtshof von Montpellier am 1. Februar 1838 bei einer gleichen Gelegenheit aus, die Handlungen des Anwalts, welche die Ehre und Interessen seines Standes verletzen, im Einzelnen genau zu bestimmen und zu definiren. Solches muß vielmehr dem Ermessen des kompetenten Richters überlassen werden, welcher die Aufgabe hat, die Würde des Berufes zu schützen, den der Anwalt ausübt, und der ihm einen öffentlichen Charakter verleiht, indem er ihm viel umfassendere Pflichten auferlegt, als die der übrigen Bürger sind.

Die preußische Disciplinarordnung v. 1844 für die Anwälte der Rheinprovinz *) macht es in gleicher Weise dem Disciplinarrathe zur Pflicht, nicht blos über die Erfüllung der besonderen Anwaltspflichten, sondern überhaupt derjenigen Pflichten zu wachen, welche Ehrenhaftigkeit, Redlichkeit, Zartgefühl und Anstand mit sich bringen.

Die Pflicht des römischen Advokaten, von dem die römischen Kaiser mit der höchsten Achtung in ihren Constitutionen sprechen, vergl. z. B. l. 14 C. de adv. 2. 7 **), und ihnen allerlei Privilegien

*) Im Jahr 1839 belobte sie der Justizminister öffentlich wegen ihres ganz besonderen Antheils an den vortheilhaften Ergebnissen der Rechtspflege.

**) Diese Stelle lautet: Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis

Digitized by Google

und Ehrenrechte verleihen, war kurz diese: sich in allen Beziehungen seines Berufes als ein vir bonus atque integræ existimationis zu erweisen. Der Staat selbst ist es, welcher im Namen Aller und für Alle, welche sich des Beistandes der Advokaten bedienen wollen, mit diesem durch dessen Aufnahme kontrahirt, und es bilden die Vorschriften, nach welchen sich der Advokat bei Ausübung seines Berufes zu benehmen hat, die eigentlichen Vertragsbedingungen, in welche der Advokat durch die Annahme der Advocatur einwilliget. Darum bleiben die Advokaten wegen Erfüllung ihrer Pflichten dem Staate verantwortlich, während sie den Clienten wegen des durch ihre Pflichtverletzung etwa entstehenden materiellen Schadens nach allgemeinen Grundsätzen zu haften haben. Wir finden auch schon im römischen Rechte alle die Pflichten des Advokaten als solche sanktionirt, welche im Entwurfe aufgezählt sind und deren Verletzung zog häufig die Absetzung des Advokaten nach sich. Man vergl. hierüber

Dalloz Repertoire v. Avocat.

Civ. Archiv 12. Bd. S. 198 ff.

Der Advokatenstand wird also als ein Verein von Ehrenmännern betrachtet, denen jeder Client sich mit vollem Vertrauen hingeben kann, und es muß dem Anwalte jede Handlung in seinem Berufe ferne bleiben, die einem Ehrenmanne nicht ziemt, weil er dadurch nicht nur sich selbst, sondern den ganzen Stand befleckt. Die Heilighaltung dieser Pflichten verdient auch in der That bei einem Anwalte die höchste Anerkennung, da sich bei keinem anderen Stande so leichte und verführerische Gelegenheiten darbieten, von der rechten Bahn abzuweichen und das geschenkte Vertrauen zu mißbrauchen, oder sich selbst zum Unrecht mißbrauchen zu lassen, als gerade bei dem Anwaltstande.

---

et privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si prœliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis etc. nituntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem, vitam et posteros defendunt.

Digitized by Google

Nach der Natur der Sache steht der Beruf des Anwaltes wie keine andere öffentliche Berechtigung mit der Verwaltung des wichtigsten Zweiges der Staatsgewalt, nämlich mit der Rechtspflege in der unmittelbarsten und innigsten Verbindung. Es bedarf nur einer geringen Erfahrung im Rechtswesen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß die Anforderungen, welche man an eine gute Rechtspflege stellt, und deren Realisirung eines der größten öffentlichen Interessen ist, großentheils von der überall eingreifenden Thätigkeit des Anwalts bedingt sind.

Der Staat hat daher das Recht und die Pflicht, den Anwälten diejenigen Pflichten als Zwangspflichten vorzuschreiben, durch deren Erfüllung der Beruf des Anwaltes allein würdig gelöst werden kann.

Er muß bei der Aufnahme in den Anwaltstand mit besonderer Aufmerksamkeit verfahren, und auf Eigenschaften sehen, die bei Verleihung anderer öffentlicher Berechtigungen weniger oder gar nicht in Anschlag kommen. Daraus folgt aber ganz von selbst, daß der Staat auch nach der Aufnahme darüber wachen muß, daß der Anwalt den Voraussetzungen entspricht, auf deren Dasein man bei seiner Anstellung gerechnet hatte. Handlungen, welche den Candidaten durchaus unwürdig gemacht hätten, in den Stand aufgenommen zu werden, müssen auch zu seiner Ausstoßung berechtigen. Die Rezeptionsurkunde enthält nur die Anerkennung, daß man den Anwalt bei seiner Aufnahme für würdig gehalten habe, sie ist aber so wenig als bei dem Staatsdiener ein Freibrief, das gegebene Wort zu brechen und sich hinterher unwürdig zu zeigen, aber dennoch in seiner Stellung zu verbleiben.

Die Anwälte müssen im Interesse ihrer Standesehre selbst dringend wünschen, daß ein in der öffentlichen Meinung mit Recht verachtetes Subjekt für immer aus ihrer Mitte gewiesen werde.

Dieses ist der Standpunkt, von welchem der Entwurf das Pflichtenverhältniß der Anwälte und die Folgen der Pflichtverletzung betrachtet und den Anwälten namentlich auch verboten hat, sich zum Werkzeug der Lüge und Bosheit herabzuwürdigen.

Digitized by Google

Natürlich kann der Anwalt, wenn er auch, wie es seine Pflicht ist, den Clienten sorgfältig über den wahren Stand der Sache ausforscht, von diesem selbst getäuscht werden, und es wird Niemanden einfallen, den Anwalt hiefür verantwortlich zu machen. Anders aber verhält es sich, wenn der Anwalt als Urheber oder Gehilfe der Lüge erscheint, si ipse sciens prudensque, rem esse ex mendacibus allegationibus compositam, mala conscientia liti patrocinatur. l. 14 §. 2. C. de jud. 3. 1.

Anders verhält es sich ferner, wenn der Anwalt gegnerische Behauptungen und Urkunden, ohne seine Partei auch nur darum befragt zu haben, widerspricht, oder gar, wie es auch vorkommt, erklärt: er, der Anwalt kenne und wisse sie nicht *), sei es nun, daß solches Widersprechen aus einer verkehrten Ansicht über das

---

*) Bei der Erklärung, von einer Thatsache nichts zu wissen, kommt es natürlich nicht auf das Wissen des Anwalts, sondern auf das Wissen der Partei an. Aber auch der Partei selbst ist diese ausweichende Beantwortungsform nur in gewissen Fällen gestattet. Nach gemeinem Rechte, (vergl. l. 42 de R. J. §. 49 des j. R. A.) muß die Partei — so viel ihr eigen Geschicht betrifft, mit wahr oder nicht wahr, so viel aber fremde Geschicht anbelangt, durch das Wort Glaub wahr oder nicht wahr sein, antworten. Bei uns hat man aus §. 290 der Pr.-O. den Schluß ziehen wollen, daß es der Partei in Bezug auf alle Thatsachen frei stehe, in der einen oder anderen Form zu antworten. Allein der §. 290 sagt dieses durchaus nicht, sondern er bestimmt nur, daß die Erklärung des Nichtwissens für Widerspruch gelte. Dagegen ersehen wir aus den Bestimmungen über den zugeschobenen Eid, daß die Partei bei eigenen Handlungen das Wahrsein oder Nichtwahrsein beschwören muß, und daß nur bei fremden Handlungen die Formel des „Nichtwissens" zuläßig ist. Daraus folgt nun von selbst, daß die behauptende Partei schon bei der Beantwortung ihrer Behauptung diejenige Erklärung zu fordern berechtigt ist, welche sie selbst bei der Eideszuschiebung verlangen kann, denn die Eidesleistung des Widersprechenden ist nichts anderes als eine eidliche Bestätigung seiner Einlassung.

Digitized by Google

Vertheidigungsrecht, oder aus angewohnter Frivolität, oder endlich, um durch Verlängerung der Prozesse eigenen Gewinn zu ziehen, non contemplatione domini sed deprædandi causa ad aliena negotia accedens et suo lucro non commodo clientis studens,

vergl. l. 6 §. 3 D. de neg. gestis,

in Anwendung gebracht wird.

Daß er solches nicht thun wolle, mußte er nach l. 14 §. 2 C. cit. in jedem Prozesse eidlich versprechen, und auch der deutsche Advokateneid enthält unter Anderem die Gelobung, wissentlich keinerlei Falsch Gefährde oder Unrecht brauchen.

C. G. O. von 1555. I. 64.

Der Advokat soll, wie

Gesterding, Nachforschungen 2. Bd. S. 269

bemerkt, in seinem ganzen Thun und Lassen von Gerechtigkeitsliebe beseelt sein, und selbst in einer gerechten Sache keine ungerechten Mittel anwenden. Was in Frankreich in dieser Beziehung gilt, ist schon oben erwähnt worden und es möchte einem französischen Advokaten sehr übel bekommen, wenn er die Lüge als ein im Prozesse gesetzlich erlaubtes Mittel öffentlich vertheidigen würde, denn er muß den Eid leisten, nichts zu sagen oder zu veröffentlichen, was den Gesetzen, Verordnungen oder den guten Sitten zuwider ist.

Uebrigens lehren die französischen Advokaten in ihren eigenen Schriften über ihren Stand, daß Wahrheitsliebe im Prozesse eine der ersten Tugenden des Anwalts sein müsse. Der Anwalt soll zwar nicht der Richter seines Clienten, aber auch nicht das blinde Werkzeug der Leidenschaften desselben sein und sich hüten, als solches benützt zu werden.

Von all' diesen Gesichtspunkten wesentlich verschieden ist die in der Schrift der Anwälte entwickelte Ansicht über ihr Rechtsverhältniß und eine Consequenz davon ist der oben wörtlich angeführte Inhalt des §. 6.

Wir glauben den Standpunkt, von dem die Anwälte ausgegangen sind, in folgender Weise kurz zusammen fassen zu können und verweisen im Uebrigen auf die auch im Druck verbreitete

Digitized by Google

Denkschrift selbst.*) Die Advokatur ist eine öffentliche Berechtigung, die der Staat einzelnen Staatsbürgern verleiht, wie die Berechtigung der Aerzte, Wundärzte, Hebammen u. s. w. Die Ausübung dieser Berechtigung besteht darin, daß der Anwalt mit den Personen, welche sich seines gerichtlichen Beistandes bedienen wollen, in das Mandatsverhältniß tritt, und dem Mandanten gegenüber diejenigen Rechte und Pflichten übernimmt, welche das Mandat überhaupt und nach der Natur dieses seines Gegenstandes insbesondere mit sich bringt.

Die Eingehung dieses Vertrages beruht auf dem freien Willen des Advokaten, und wegen der ihm obliegenden Pflichten oder wegen Verletzung derselben steht dem Clienten die gewöhnliche bürgerliche Klage, die actio mandati directa, zu. Dagegen hat der Staat weder das Recht noch die Pflicht, über die treue Erfüllung der aus diesem bürgerlichen Rechtsgeschäft entspringenden Pflichten vormundschaftlich zu wachen, da ihm eine solche Vormundschaft bei Rechtsverhältnissen selbstständiger Staatsbürger überhaupt nicht zukommt. Auch ist der Anwalt, indem er einen Rechtsuchenden vertritt, kein Diener des Staates, sondern nur Bevollmächtigter einer Privatperson und daher nur dieser, aber nicht dem Staate Rechenschaft schuldig. Ebendeßhalb, weil der Anwalt kein Staatsdiener ist, hat der Staat auch keine dienstpolizeiliche Gewalt über ihn, sondern es kann gegen einen Anwalt in der Regel nur dann eingeschritten werden, wenn er eine Handlung begeht, die durch die bestehenden Strafgesetze mit einer bürgerlichen oder peinlichen Strafe bedroht ist. Nur einige wenige Ausnahmen von dieser Regel lassen die Anwälte im §. 29 ihrer Vorschläge bestehen. Es sind dieses meistens Fälle, wo das römische Recht schon im gewöhnlichen bürgerlichen Leben die In-

*) Ob diese wirklich die gemeinsame Ansicht **aller** Anwälte ausspricht, muß sehr bezweifelt werden. Man weiß, wie es bei derartigen gemeinschaftlichen Schritten zu gehen pflegt. Einzelne unternehmen die Sache und eine genaue Prüfung von allen Betheiligten findet selten Statt.


Digitized by Google

famie angedroht hat, und die höchste Strafe soll nur in einer Entziehung der Anwaltschaft auf die Dauer von 12 Wochen bestehen. Dagegen soll der Anwalt, so lange er nicht eine mit gänzlichem Verlust der Advokatur vom Strafgesetz bedrohte Handlung begeht, in dienstpolizeilichem Wege nicht aus ihrer Mitte verstoßen werden können.

In allen anderen Beziehungen sei es nämlich unpassend, Männer unter Aufsicht zu stellen, weil ihr Beruf in der Vertretung fremder Rechte bestehe, während doch bei allen anderen Staatsbürgern, welche die Ausführung eben so wichtiger Auftragsverhältnisse als Geschäft wählen, z. B. Spediteure, Commissionäre, eine Aufsicht nicht für nöthig gehalten werde. Man werde einem Mann, dessen Selbstständigkeit man achte, nicht vorschreiben wollen, wie er seine Pflichten zu erfüllen, die Gesetze des Anstandes beobachten und was er vermeiden soll, um nicht gewissenlos zu werden. Man werde vielmehr schon im gewöhnlichen Leben aus bloßer Delikatesse solche Vorschriften unterlassen, um nicht das Selbstgefühl des Mannes, den man achte, zu verletzen. Nur in solchen Fällen, wo es sich nicht blos um Uebertretung von Geboten der Sittlichkeit und des Zartgefühls handle, sondern eine Rechtsverletzung klar zu Tag trete oder öffentliches Aergerniß erregt werde, könne der Anwalt einer Disciplinarstrafe unterworfen werden. In den Strafgesetzen, in der Prüfung und den Probejahren, welche der Anwaltschaft vorangehen, in dem öffentlichen Verfahren, welches den Anwalt nöthige, sich ganz zu geben, wie er ist und dem Publikum die klarste Einsicht in sein ganzes Thun und Lassen gestatte, in der freien Wahl, welche den Parteien unter einer größeren Zahl von Anwälten offen stehe, seien Garantien genug gegeben, daß der Anwalt, welcher sich die Achtung seiner Mitbürger und seine Existenz erhalten wolle, gezwungen sei, das Interesse seines Vollmachtgebers mit der gewissenhaftesten Umsicht zu vertreten, daß endlich laut der Erfahrung da, wo so starke Motive nicht wirken, auch aller polizeiliche Zwang unwirksam und häufig nur dazu vorhanden sei, um von Gewissenlosen umgangen zu werden. Bei unbefangener Betrachtung

Digitized by Google

werde man in der ganzen Berufsthätigkeit des Anwalts und in ihrer ganzen Einwirkung auf die Rechtspflege keinen Grund finden, den Anwalt gegenüber der Staatsgewalt oder den Gerichten mehr zu beschränken, als die Bürger selbst, die er zu vertreten habe, u. s. w.

Bei diesen so auffallend verschiedenen Denkweisen über die Stellung des Anwalts, von welchen die zuletzt angeführte nur in den französischen Anwaltsverhältnissen der Periode von 1790 bis zum Anfange dieses Jahrhunderts ein Ebenbild findet, (Dalloz l. c. nro. 42), hat sich das Oberhofgericht unbedingt für die dem Entwurfe zum Grund gelegten Prinzipien entschieden und solche in seinem Berichte gutheißend, nur in einzelnen Bestimmungen Modificationen vorgeschlagen.

Diese wenigen Bemerkungen werden genügen, um zu beurtheilen, ob die Grundsätze des Entwurfes der freien Rechtsvertheidigung, oder ob sie nur der Unrechtsvertretung gefährlich sind, ob dieselben es verdienen, mit Mißtrauen oder mit Achtung aufgenommen zu werden *).

R.

---

*) Wie strenge die französischen Anwälte gegen ihre eigenen Collegen verfahren, wenn sich diese Chikanen erlauben, zeigt uns ein beim Cassationshof am 8. März 1847 vorgekommener Fall. (Sirey 47. I. p. 427.) Advokat de Mautort hatte ein billet à ordre ausgestellt, und wurde in contumaciam zur Zahlung verurtheilt. Er suchte die Exekution dadurch zu hintertreiben, daß sich seine Schwester für die Eigenthümerin der vorhandenen Fahrnisse ausgab, er mußte aber später anerkennen, daß sie ihm gehören. Er wurde vor den Disciplinarrath geladen, und wegen dieser eines Anwalts unwürdigen Handlungsweise aus der Rolle gestrichen, also seines Amtes entsetzt. Dieses Urtheil wurde auch vom Pariser Gerichtshofe bestätigt und das Cassationsgesuch vom Cassationshofe verworfen.

Digitized by Google

II.

Begriff der Beschränkung eines Geständnisses im Civilprozeß.

(Bächle gegen Metzler.)

Die Geschichte des uralten Streits über das qualifizirte Geständniß im Civilprozesse zeigt uns, daß die Meinungen nicht allein bei dem Hauptpunkt der Controverse, nämlich in der Beweislast, sondern gar häufig auch darüber auseinander gegangen sind, was denn eigentlich als eine Beschränkung des Geständnisses zu betrachten sei?

Der Landrechtssatz 1356 hatte zwar die Untheilbarkeit des Geständnisses ausgesprochen, und dadurch die Hauptfrage entschieden, er hatte sich aber nicht darauf eingelassen, näher zu bestimmen, was als ein untrennbarer Theil des Bekenntnisses angesehen werden soll. Ebensowenig hat der §. 401 der Pr.-O., welcher den L.R.S. 1356 aufhebt, und die entgegengesetzte Regel aufstellt, in positiver Weise angegeben, was eine Beschränkung sei, deren Beweis dem Gestehenden obliege.

Und so finden wir in unserer Praxis über den letzteren Punkt noch immer verschiedene Ansichten, während man bei Abfassung der Pr.-O. den Zweck hatte, und auch zu erreichen hoffte, daß der alte Kampf endlich von der Wurzel vertilgt werde.

Nachstehender Rechtsfall wird die eben aufgestellte Behauptung beweisen:

Der Beklagte wurde aus einer Bürgschaft belangt. Er ge-

Digitized by Google

stand die Bürgschaftsleistung zu, jedoch mit dem Beisatze: er habe sich nur auf sechs Wochen verbürgt, welche Zeit abgelaufen sei. Das Hofgericht des Oberrheinkreises sah diesen Beisatz als eine Beschränkung des Geständnisses an, deren Beweislast nach §. 401 der Pr.-O. dem Beklagten obliege. (Die Gründe sind bereits mitgetheilt in den

Annalen von 1847 S. 120.)

Das Oberhofgericht (II. Senat) war anderer Meinung und sagt hierüber in den Entscheidungsgründen:

„Der Beklagte hat mehr nicht zugestanden, als daß er sich „im Jahr 1837 für den Hauptschuldner — jedoch nur auf 6 „Wochen verbürgt habe. Diese Beschränkung des Geständnisses „bildet keine selbstständige Behauptung des Beklagten, sondern ei„nen theilweisen Widerspruch des thatsächlichen Klaggrundes, in „sofern dieser die Behauptung einer unbedingten Bürgschaft „enthält; nicht der Beklagte hat daher diese Beschränkung, sondern „der Kläger das Gegentheil derselben zu erweisen."

Anmerkung.

Indem wir diese entgegengesetzten Ansichten über eine praktisch so wichtige Frage mittheilen, können wir nicht umhin, dieselbe etwas näher zu beleuchten und die hofgerichtliche Meinung in Schutz zu nehmen, obwohl die oberhofgerichtliche in unserer Praxis vielleicht die gangbarere ist.

Es hat seine Richtigkeit, daß die oben erwähnte Behauptung des Beklagten mit dem Behaupten eines bedingten Vertragsabschlusses in eine Classe zusammenfällt, denn es wurde vom Beklagten vorgeschützt, die Bürgschaft sei mit einem Währziel verbunden gewesen, und dieses soll nach L.R.S. 1188 b wie eine auflösende Bedingung — jedoch ohne Rückwirkung behandelt werden. Ueberhaupt ist es von selbst klar, daß in Ansehung unserer Frage dies und conditio einander völlig gleich stehen müssen.

Verfolgen wir nun den Streit über das qualifizirte Geständniß auf dem Boden des gemeinen Rechts, von dem er in das

Digitized by Google

französische Recht hinübergewachsen ist, bis auf die ältesten Zeiten zurück, so finden wir, daß man dabei immer und hauptsächlich die Beweislast in dem Falle vor Augen hatte, wenn ein Rechtsgeschäft zwar zugegeben aber behauptet wurde, es sei unter einer Bedingung u. s. w. abgeschlossen worden.

Eben dieser Fall ist es, der schon den Glossatoren zweifelhaft vorkam, und den sie in der Glosse zu

l. 9 C. de exceptionibus

einer näheren Prüfung unterworfen haben. Allein der Kunstausdruck confessio qualificata war damals noch nicht geschaffen, sondern er wurde erst später und zwar mit Bezug auf jene Glosse gebildet. Die Glossatoren entschieden sich dafür, daß der Beklagte die Unbedingtheit des Geschäftes geläugnet und daher der Kläger die Unbedingtheit zu beweisen habe.

Ob aber diese Behauptung nach allgemeinen Grundsätzen und nach römischem Rechte insbesondere richtig sei, das eben blieb der Kampf der Meinungen bis in die neueste Zeit, in welcher sich z. B. v. Savigny römisches Recht 5. B. S. 155 und ebenso Wächter Privatrecht 2. B. S. 494, nicht der Meinung der Glosse, sondern der entgegengesetzten Meinung angeschlossen haben, indem sie dem Bekennenden den Beweis auflegen, daß das von ihm im Allgemeinen zugestandene Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt gewesen sei.

Gesterding hat zuerst die eine, sodann die andere Meinung angenommen und die Zusammenstellung der Vertheidigung beider Ansichten befindet sich in seiner

Ausbeute von Nachforschungen B. 2. S. 129.

Es ist dabei hauptsächlich nur von der Beweislast im Falle einer behaupteten Bedingung u. s. w. die Rede.

Neuere Abhandlungen über diesen Gegenstand, welche sich vorzugsweise mit dem Streit über die Beweislast beim Behaupten einer Bedingung befassen, sind enthalten in

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, neue Folge I. B. Nr. V. III. B. Nr. V.

Civ. Archiv XXII. B. S. 133 ff.

Digitized by Google

Die Mehrzahl unterscheidet jetzt zwischen einer Suspensiv- und Resolutivbedingung und legt dem Kläger bei der ersten, dem Beklagten bei der letzteren den Beweis auf, so daß in obigem Falle, wo von einem Währziel die Rede ist, welches nach Satz 1188 b die Natur einer Resolutivbedingung hat, selbst diejenigen Schriftsteller des gemeinen Rechts, welche die Untheilbarkeit des Geständnisses sonst verfechten, dem Beklagten die Beweispflicht auflegen würden.

So sagt Heffter in seiner 3. Ausgabe von Webers Beweisführung S. 246: „Der Herausgeber glaubt, daß dem Beklagten der Beweis über die beigefügte Resolutiv-Clausel (d. h. über die Behauptung, daß die obligatio durch den Eintritt einer gleich Anfangs beigefügten Resolutiv-Clausel wieder aufgehoben sei) aufzulegen sei, indem der letztere sich hier auf ein besonderes Faktum beruft, wodurch eine wirklich schon entstandene obligatio wieder aufgehoben sein soll." So steht die Sache nach gemeinem Recht und wir sehen daraus, daß von den Glossatoren bis in die neueste Zeit der Streit über das beschränkte Geständniß beinahe völlig identisch war mit dem Streite über die Frage, wer beweispflichtig sei, wenn der Beklagte den Abschluß eines Rechtsgeschäftes zugibt, aber behauptet, es sei unter einer Bedingung abgeschlossen worden. Man stritt sich also gerade über die Wahrheit des in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen enthaltenen Satzes, daß eine solche Behauptung nichts anderes sei, als ein Widerspruch des Klaggrundes.

Nun ist allerdings — und zwar namentlich in der französischen Jurisprudenz — der Begriff einer Beschränkung des Geständnisses bisweilen noch weiter ausgedehnt und es sind sogar Einreden, welche dem Geständniß beigemischt werden, als eine Beschränkung angesehen worden,

Badisches Archiv I. 376, 593, 619,

allein daraus folgt keineswegs, daß man das Behaupten einer Bedingung von dem Begriff einer Beschränkung des Geständnisses ausschließen muß, vielmehr ist der §. 401 der Pr.-O. in so lange auf diesen Fall anwendbar, als nicht dargethan werden

Digitized by Google

kann, daß die Pr.=O. unter einer Beschränkung des Geständnisses etwas anderes verstand, als was die Wissenschaft von jeher dahin gezählt hat.

Eine Analyse des Inhalts der §§. 400 und 401 wird jedoch den Gegenbeweis gegen eine solche, ohnedies nicht zu vermuthende Unterstellung liefern, wenn jene §§. mit dem möglichen Inhalt der Antwort des Beklagten auf die Klage oder der Antwort auf andere Angriffshandlungen — denn die Einlassung des Beklagten ist nur das nächste Beispiel — in Vergleichung gezogen werden. Es ist nemlich dort

1) von solchen Thatsachen die Rede, welche den Grund der Klage, Einrede, Replik, Duplik u. s. w. ausmachen — mithin von solchen Thatsachen, welche zum Zweck der Begründung einer selbstständigen Rechtswirkung, z. B. der Entstehung, Erlöschung eines Klagerechts behauptet werden.

Hinsichtlich dieser Thatsachen ist bestimmt, daß sie stets der Behauptende zu beweisen habe, denn derjenige welcher eine Rechtswirkung geltend macht, muß die Thatsachen behaupten und beweisen, welche jene Rechtswirkung erzeugt haben sollen. Dieses und nichts anderes sagt die römische Rechtsregel, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Das „dicere" und „negare" bezieht sich unmittelbar nicht auf den factischen Stoff, sondern auf die Rechtswirkung, welche aus dem factischen Stoffe abgeleitet wird, und es ist ein Irrthum, wenn man jene Regel dahin verstehen wollte, daß man verneinende rein faktische Behauptungen nicht zu beweisen habe. Nur so viel ist richtig, daß ein reines Nichtgeschehensein von Thatsachen keine Rechtswirkung hervorbringen, und daher für sich allein auch nicht den Grund einer Klage oder Einrede bilden kann, ausgenommen etwa bei der erlöschenden Verjährung; wohl aber ist zuweilen zur Begründung einer Rechtswirkung neben positiven Behauptungen eine negative nothwendig, z. B. bei der condictio indebiti, und hier umfaßt die Beweislast das ganze Gebiet des thatsächlichen Stoffes ohne Unterschied, ob er bejahender oder verneinender Art ist. Die Pr.=O. spricht

Digitized by Google

2) von solchen Thatsachen, die ein bloßes Abläugnen eines Theils der thatsächlichen Behauptung des Gegners enthalten.

Damit sind solche Thatsachen gemeint, die nicht zur Begründung einer Rechtswirkung, sondern nur zu dem Zwecke behauptet werden, um damit den Klagvortrag zu verneinen, weil ihr Wahrsein das Wahrsein der Klagethatsachen mit logischer Nothwendigkeit ausschließt. Z. B. der Beklagte erwiedert auf eine Darlehensklage: er habe zwar das Geld empfangen, aber als ein Geschenk. Es ist hier der wesentliche Theil des Klaggrundes, die Causa des Empfanges, widersprochen, und der Kläger ist beweispflichtig, weil der Empfang des Geldes für sich allein keine Klage auf Rückersatz begründen kann. Man wird eine solche Antwort nicht unpassend als indirecte Verneinung des Klaggrundes bezeichnen. Der Inhalt einer solchen Antwort bildet im Beweisverfahren den Gegenstand des eigentlichen Gegenbeweises.

Nun ist aber

3) sowohl dem thatsächlichen Grunde der Klagen, Einreden u. s. w. als auch den Thatsachen, welche eine indirecte Verneinung enthalten, eine dritte Classe von Thatsachen entgegengesetzt, welche als eine Beschränkung des Geständnisses angesehen und vom Gestehenden bewiesen werden sollen.

Für diese Classe von Thatsachen ist in positiver Weise kein näheres Kennzeichen angegeben, wir finden aber ein solches auf negativem Wege, indem wir den thatsächlichen Stoff der Einreden u. s. w., sowie die indirecte Verneinung von dem möglichen Inhalt der Beantwortung ausscheiden.

Nach dieser Ausscheidung bleiben uns nur solche Thatsachen übrig, deren Behauptung einer Seits die Wahrheit der Klagethatsachen nicht ausschließt, und anderer Seits auch nicht die Verfolgung einer selbstständigen Rechtswirkung bezweckt.

Gerade diesen Charakter hat nun die Behauptung, daß ein im Allgemeinen zugestandenes Rechtsgeschäft durch Bedingung, Zeit, Ort u. s. w. beschränkt gewesen sei. Wenn der Beklagte

Digitized by Google

behauptet, er habe zwar den Kaufvertrag eingegangen, aber unter der Bedingung, daß ihm das Bürgerrecht in der Gemeinde ertheilt werde, während die Klage von einer solchen Bedingung nichts enthält, so läßt er alle in der Klage behaupteten Thatsachen als völlig wahr bestehen, und fügt nur die Behauptung bei, daß ausser jenen Thatsachen eine weitere sich zugetragen habe.

Diese weitere Thatsache bildet aber auch keine Einrede, welche ein vorhanden gewesenes Recht als in der Folge zerstört oder als zerstörbar (L.R.S. 1234 Abs. 7) darstellen soll.

Eine solche Behauptung hat insbesondere die Eigenthümlichkeit, daß das behauptete Faktum sich gleichzeitig und in inniger Verbindung mit der vom Kläger angeführten Begebenheit ereignet haben, und einen Bestandtheil derselben ausmachen soll. Diese Eigenthümlichkeit jener Behauptung war nun auch der Grund, warum die älteren Juristen eine solche Thatsache ein caput connexum genannt, und davon die capita separata d. h. Thatsachen, welche nicht in solcher Verbindung mit dem Klagefaktum stehen, wohl unterschieden haben. Si omnia confessione comprehensa inter se connexa sint et unius quasi actus continui factum contineant, confessio non est dividenda.

Vaët ad tit. D. de conf. §. 5,
Lauterbach de conf. §. 54.

In diesem Sinne ist daher obige Behauptung des Beklagten allerdings ein caput connexum, weil die Zeitbeschränkung angeblich bei der Uebernahme der Bürgschaft stipulirt wurde. Hätte dagegen die Beschränkung erst später stattgefunden, so wäre diese Behauptung ein caput separatum, und der Beklagte unbedingt beweispflichtig gewesen.

Danz, Civilprozeß §. 297.

stellt dieses so dar:

„Unter Limitation wird eine jede Qualität verstanden, durch welche ein Faktum und die daraus abfließenden Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt werden. Es gehören also überhaupt alle Bedingungen und Verträge dahin, die einem Geschäfte angehängt werden. Diese beigefügte Limitation muß aber so beschaffen sein,

Digitized by Google

daß sie mit dem eingeräumten Faktum unzertrennlich und wesentlich verbunden ist, so daß beides zusammengenommen nur als ein einziges untheilbares Faktum erscheinen würde."

Der Ausdruck „capita connexa" hat jedoch nicht selten zu einer Verwechselung und zu Irrthümern geführt, in denen manche Juristen und namentlich viele der französischen sich heute noch befinden. Statt nämlich das Kennzeichen der Connexität in dem materiellen Zusammenhange der beiderseits behaupteten Thatsachen selbst zu suchen, ist man auf den unglücklichen Gedanken gekommen, darauf zu sehen, ob der Beklagte durch willkührliche Wortstellung irgend eine Thatsache in formelle Verbindung mit seinem Geständnisse gesetzt habe. Und nur so war es möglich, daß zuweilen auch eine förmliche Einrede, z. B. die der Zahlung, als eine Beschränkung des Geständnisses angesehen wurde, wenn der Beklagte dieselbe mit seinem Geständnisse in unmittelbare Verbindung gebracht hatte, indem er sagte, ich war zwar schuldig, aber ich habe bezahlt.

Die gänzliche Unhaltbarkeit und Verkehrtheit einer solchen Auffassung des beschränkten Geständnisses ist aber jetzt — wenigstens nach gemeinem Rechte — ziemlich allgemein anerkannt.

Man hat den Kampfplatz von solchen ungehörigen Einmischungen gesäubert und ist auf den frühern Standpunkt zurückgekommen.

Es wäre doch offenbar drolligt, sagt Reinhardt (Handbuch des Civilprozesses I. S. 298) sehr wahr, wenn es in der Willkühr der Partei stünde, durch bloße Fassung ihres Vortrages dem Gegner den Beweis zuzuschieben. Wäre es nicht eine Satyre auf alle Jurisprudenz, wenn man behaupten wollte, die Klage gelte als zugestanden, und der Beklagte habe den Beweis der Zahlung zu führen, wenn er sagt: ich habe das Darlehen empfangen, schütze aber die Einrede der Zahlung vor, dagegen gelte die Klage als geläugnet, wenn er sagt, ich war schuldig, aber ich habe bezahlt!

Unsere Prozeßordnung kann daher eine solche formelle, rein willkührliche Verbindung der Einrede mit dem Geständniß — zumal

Digitized by Google

nach den bekannten Ansichten ihres Hauptredacteurs — nicht wohl als eine Beschränkung des Geständnisses vor Augen gehabt haben. Wenn aber auch dieses in der That der Fall gewesen wäre, so ist damit noch keineswegs bewiesen, daß sie nicht auch die Behauptung einer Bedingung u. s. w. als eine Beschränkung angesehen habe, vielmehr geht aus obiger Analyse der Thatsachen, von welchen in §. 400 und 401 die Rede ist, sowie aus dem Rückblick auf das frühere Recht das Gegentheil hervor.

Einigen Schein hat allerdings das Argument: der Kläger habe eine unbedingte Bürgschaft behauptet, der Beklagte habe aber die Unbedingtheit geläugnet, und aus diesem Grunde haben auch schon die Glossatoren den Kläger für beweispflichtig gehalten, allein abgesehen davon, daß die Prozeßordnung jenes Argument durch die Theilbarkeit des Geständnisses von selbst verworfen hat, ist es überhaupt dem heutigen Verfahren nicht mehr gemäß, darauf zu sehen, was an der Existenz oder Beschaffenheit des Klagrechts zugegeben oder verneint worden sei, sondern nur der rein thatsächliche Stoff kommt in Betracht, wenn es sich um die Frage handelt, was eingeräumt und was widersprochen sei. Jenes Argument könnte z. B. auch dazu benützt werden, dem Kläger den Beweis aufzubürden, daß eine freie und rechtsgültige Einwilligung stattgefunden habe, denn wenn der Beklagte Minderjährigkeit, Zwang, Betrug u. s. w. vorschützt, läugnet er jene Voraussetzungen einer gültigen Vereinbarung. Allein das Gesetz erkennt ein Geschäft trotz jener Mängel als vorhanden an, und gibt nur dem Contrahenten das Recht der Anfechtung. Wer dieses Recht gebrauchen will, muß auch die zur Begründung desselben nöthigen Thatsachen beweisen.

Neben der Verwechselung der Beschränkung mit Einreden ist von jeher und noch in größerem Grade eine Verwechselung der Beschränkung mit der indirecten Verneinung vorgekommen, und diese Verwechselung ist für uns gefährlicher, als die Verwechselung mit Einreden, weil die Beweislast bei den Einreden und bei der Beschränkung gleich ist, die indirecte Verneinung aber die Beweislast auf den Kläger wälzt. Jene Vermischung

Digitized by Google

liegt aber nicht in Aufstellung falscher Begriffe, sondern in der falschen Anwendung der Begriffe auf einzelne Fälle und kann daher nur an den gewählten Beispielen gezeigt werden.

Zachariä, franz. Civilrecht IV. Bd. S. 473.

sagt: „Ein Geständniß kann nicht gegen denjenigen getheilt werden, von welchem es abgelegt worden ist. Jedoch ist diese Rechtsregel nur auf den Fall zu beziehen, da die Thatsachen, welche das Geständniß umfaßt, an sich und ihrer faktischen Beschaffenheit nach miteinander in Verbindung stehen, nicht aber auf den Fall, da die Thatsachen bloß durch das Geständniß der Gegenpartei (also formell durch den Vortrag) mit einander in Verbindung gesetzt werden."

Diese Regel stimmt nun mit obiger Ausführung und mit dem gemeinen Rechte ganz überein, allein Zachariä führt mehrere Beispiele an, von denen einige nichts anderes sind, als eine indirecte Verneinung. Er fährt nämlich fort: z. B. „A. klagt gegen den B. ein Darlehen von 100 fl. ein. B. gesteht, von dem A. ein Darlehen erhalten zu haben, behauptet aber das Darlehen betrage nur 50 fl." In diesem Beispiele liegt nicht einmal eine indirecte Verneinung, sondern ein directes Abläugnen eines Theils der klägerischen Behauptung, geschweige denn daß von einer Beschränkung d. h. von mehreren positiven Thatsachen, die mit einander in Verbindung stehen, die Rede sein könnte.

„Oder A. klagt gegen B. auf Erfüllung eines Kaufvertrages, B. ist der Abschließung des Vertrages geständig, behauptet aber, daß der Vertrag nur unter einer gewissen Bedingung abgeschlossen worden sei." Hierin liegt allerdings eine Beschränkung des Bekenntnisses.

„Oder A. klagt gegen B. ein Darlehen von 1000 fl. ein. B. gesteht die Summe erhalten zu haben, behauptet aber nicht als Darlehen, sondern als Leibrente." Dieses ist keine Beschränkung, sondern ein indirecter Widerspruch der causa.

Zum Schlusse aber bemerkt Zachariä ganz richtig, daß das Geständniß theilbar sei, wenn der Beklagte die Klage zwar einräume, dabei aber die Einrede der Zahlung vorschütze. Auch bei

Digitized by Google

Schriftstellern des gemeinen Rechts finden wir unrichtige Beispiele. So hat namentlich folgender Fall bei ihnen die Runde gemacht: Der Beklagte wird wegen Ankauf eines Hauses auf Bezahlung des Kaufpreises belangt, und wendet ein, er habe nicht blos das Haus, sondern auch die Fahrnisse in demselben um den geforderten Preis gekauft. In diesem Falle sind beide Theile über ein Essentiale des Kaufes nämlich über den Kaufgegenstand im Widerspruche, denn der Kaufgegenstand ist so, wie ihn der Kläger behauptet, nicht zugegeben worden. Man kann hier nicht sagen, das Klagfundament sei eingeräumt, und demselben eine weitere Thatsache hinzugefügt worden, weil die Einigkeit über den Gegenstand wesentlich zum Beweis der Klage gehört.

Zum Schlusse noch ein Beispiel aus den Pandecten, welches deutlich dafür zu sprechen scheint, daß derjenige, welcher eine Beschränkung behauptet, dieselbe auch beweisen muß, wenn man gleich diese Stelle nirgendwo allegirt findet.

Die l. 1 §. 2 D. de except. rei vend. et tr. 21. 3 sagt:

„Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi nocebit hæc exceptio (sc. rei venditæ et traditæ), nisi probetur, me mandasse ne traderetur, antequam pretium solvatur.“

Es wendet also der Beklagte gegen die Rei Vindicatio ein, es sei ihm die vindizirte Sache aus Auftrag des Klägers verkauft und übergeben worden. Der Kläger gesteht zwar in der Replik, daß er den Auftrag ertheilt habe, jedoch mit der Beschränkung, daß die Uebergabe nicht geschehen dürfe ehe der Preis bezahlt sei. Es entsteht nun die Frage, muß der Kläger diese Beschränkung oder der Beklagte die Unbedingtheit des Mandats beweisen. Diese Frage ist zum Nachtheil des Klägers entschieden, denn die Worte: nisi probetur, me mandasse u. s. w., welche das Beweisthema bezeichnen, lassen keinen Zweifel übrig, daß der — das Mandat im Allgemeinen einräumende — Kläger beweisen soll, weil nur auf ihn der Beweissatz, wie er in jener Stelle gefaßt ist, Anwendung leidet und weil ihm die exceptio in so lange entgegen-

Digitized by Google

stehen soll, als dieser Beweis nicht geliefert wird. Aus dem Bisherigen sehen wir auch, was von der berüchtigten exceptio rei non sic sed aliter gestæ zu halten ist. Sie muß nämlich je nach ihrem thatsächlichen Inhalte bald als eine indirecte Verneinung, bald als eine Beschränkung des Geständnisses angesehen werden, während die Praxis Fälle beider Art mit jenem ungeeigneten Ausdruck bezeichnet, und dadurch den Irrthum begünstiget, als sei in allen Fällen, die man also bezeichnet, die Beweispflicht derselben Partei aufzulegen.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen aber wird es nicht sehr schwierig sein, zu unterscheiden, ob jene sogenannte Einrede im einzelnen Falle eine indirecte Verneinung oder ob sie eine Beschränkung des Geständnisses enthalte, und darnach ist unseres Erachtens die Beweislast zu bestimmen. R.

Digitized by Google

III.

Ueber Ungültigkeit der Vermögensübergaben, auch der Verträge überhaupt.

(Wetzel gegen Hauser. Steinert gegen Steinert.)

Wenn Eltern, welche mehrere Kinder haben, ihr Vermögen an diese abtreten wollen, so geschieht dieses auf dem Lande, zumal wo die Vertheilsgerechtigkeit besteht, regelmäßig auf die Weise, daß einem der Kinder das — fast nur in Liegenschaften bestehende — Vermögen zu einem bestimmten Anschlage überlassen, der gesetzte Preis nach Köpfen vertheilt und der Erwerber des Vermögens angewiesen wird, die Kopftheile der übrigen Kinder an diese auszuzahlen und den Eltern ein gewisses Leibgeding zu leisten.

Es kommt nun immer häufiger vor, daß derartige Verträge, obwohl sie schon vor Jahren abgeschlossen und vollzogen worden sind, von denjenigen Kindern, die einen Kopftheil vom Gutswerthe in Geld erhalten haben, aus vielartigen Gründen als nichtig angefochten werden, um dadurch eine neue Theilung des elterlichen Vermögens zu erreichen. Diese Rechtsstreitigkeiten sind für die Ruhe der betheiligten Familien begreiflich von der höchsten Wichtigkeit und auch die Beantwortung der dabei regelmäßig wiederkehrenden Rechtsfragen ist zum Theil nicht ohne Schwierigkeit, insbesondere die Frage, in wie weit die Nichtigkeiten wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Formen durch Ablauf von 10 Jahren nach L.R.S. 1304 geheilt werden.

Digitized by Google

Es sind in den oberhofg. Jahrbüchern bereits mehrere Entscheidungen über derartige Prozesse mitgetheilt worden, aber es hat sich immer noch keine feste Praxis gebildet. Uebrigens ist dieses durchaus nicht zu verwundern, wenn man weiß, wie unsicher das französische Recht in dem Felde der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte sowohl seinem Inhalte als seiner Ausdrucksweise nach zu Werke gegangen ist, und wenn man die vielerlei Ansichten der französischen Jurisprudenz in dieser Materie in Betracht zieht.

Hiezu kommt noch, daß unser Institut der Vermögensübergaben sehr kühn in das französische Recht hineingetragen wurde, und daß man dabei zu wenig berücksichtigte, wie die Grundsätze, auf welchen das Gesetz vom Jahr 1808 beruht, mit den Prinzipien des französischen Rechts über Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall, insbesondere mit den Bestimmungen über die divisio parentum inter liberos, L.R.S. 1075 ff., zu vereinbaren seien.

In Ansehung der Form verlangt der L.R.S. 1100 ab für Vermögensübergaben die Form der Schenkung unter Lebenden. Bei den belasteten Verträgen ähnlicher Art, die das ganze Vermögen betreffen und in L.R.S. 1983 b aufgezählt sind, ist über die Form nichts gesagt, sondern nur verfügt, daß diese verschiedenen Verträge in allem, worüber die Regeln der Verpfründungen nicht Maas geben, nach der Natur desjenigen Vertrags beurtheilt werden sollen, dessen Gestalt sie tragen.

Nun soll aber nach §. 18 des ersten Einf.-E. auch das Gesetz über Vermögensübergaben zunächst in polizeilicher Beziehung ganz, sodann in bürgerlicher Hinsicht, soweit es nicht buchstäblich geändert ist, seine Geltung behalten, und diese ohne gründliche Vergleichung zusammengeworfenen Bestimmungen des französischen Rechts, der dazu gefertigten Zusätze und endlich der älteren Verordnungen bieten dem Versuche einer systematischen Vereinigung große Schwierigkeiten. Es ist schon die Meinung aufgestellt aber von der Majoritat nicht angenommen worden, daß bei einer Uebergabe unter freigebigem Titel weitere Formen als die der Schenkung gar nicht nothwendig seien, daß namentlich auch die

Digitized by Google

Bitte um obrigkeitliche Bestätigung, weil davon im Gesetzbuche nichts erwähnt, vielmehr andere Formalitäten vorgeschrieben worden seien, ferner nicht als nothwendig betrachtet werden könne. Auch die Ansicht wurde schon geltend gemacht, daß bei solchen Uebergaben, welche die oben erwähnte Gestalt an sich tragen, zweierlei Verträge wohl zu unterscheiden seien, nämlich ein Kauf und eine Vertheilung des Preises unter die Kinder. In Ansehung des letzteren Vertrages möge zwar die Form einer Schenkung nothwendig sein, nicht aber sei sie es hinsichtlich des ersteren, und wenn daher auch eine Ungültigkeit wegen Mangels der Form unterlaufen sei, so folge daraus nur die Ungültigkeit der Vertheilung und Zuweisung des Preises an die Kinder, nicht aber auch die Ungültigkeit der Veräußerung des Gutes selbst.

Diese Ansicht scheint eine gewichtige Stütze in einer Entscheidung zu finden, welche von dem Gerichtshof von Angers ergangen und von dem Cassationshofe durch Verwerfung des Cassationsgesuches gebilligt worden ist.

Sirey 1840 tom. I. p. 43.

Die Dame Lemarie hatte einem ihrer Kinder ihr liegenschaftliches Besitzthum um einen bestimmten Preis übergeben, dessen Anweisung an ihre übrigen Erben sie sich vorbehielt, und Tags darauf vertheilte sie denselben durch Anweisung an ihre Kinder, in Form einer Schenkung. Es wurden nun diese beiden Verträge angefochten, weil sie zusammen eine Theilung des Vermögens unter die Kinder enthalten, und die Formen der Schenkung nicht durchweg beobachtet worden seien. Es wurde aber entschieden, daß der erste Act als ein Kauf, der andere als eine Schenkung aufrecht zu erhalten sei. Dieser Grundsatz ist jedoch beim Oberhofgerichte bis jetzt nicht zur Anwendung gekommen.

Eine weitere Frage ist, in welchen Fällen der Mangel der obrigkeitlichen Bestätigung als ein Nichtigkeitsgrund anzusehen sei, sofern man jenes Erforderniß noch als nothwendig erachtet.

In dieser Beziehung ist in Sachen Wetzel gegen Hauser, in

Digitized by Google

welcher Sache der Uebergabsvertrag unter Zuzug des Amtsrevisorats abgeschlossen war, aber dennoch als nichtig angefochten wurde, weil die obrigkeitliche Bestätigung nicht erwirkt worden sei, folgendes durch die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausgesprochen worden:

„Der §. 11 des Gesetzes über Vermögensübergaben spricht mit klaren Worten aus, daß zur Rechtsgiltigkeit eines solchen Vertrages die obrigkeitliche Bestätigung nicht unumgänglich nothwendig sei, daß es vielmehr genüge, wenn der Vertrag der Rechtspolizeibehörde vorgelegt worden ist, damit diese sich in dem Stande befindet zu thun, was ihres Amtes ist. Hiernach ist die Nichtigkeit keineswegs an die Unthätigkeit der Polizeibehörden, sondern nach dem Sinn und Geist des Gesetzes daran geknüpft, daß die Parteien für sich allein und ohne Kenntniß der Rechtspolizeibehörden derartige Verträge abschließen, was gerade durch die Androhung der Nichtigkeit verhütet werden soll. Das Gesetz gibt hieraus ferner zu erkennen, daß diese Strafe nicht eintreten soll, wenn die Parteien ihrer Seits gethan haben, was man ihnen billig zumuthen kann, um die Rechtspolizeibehörde in Kenntniß und Thätigkeit zu setzen, damit dort, wo den öffentlichen Behörden selbst eine Nachlässigkeit zur Last fällt, nicht die Parteien darunter leiden.

Im vorliegenden Falle ist nun allerdings die Vermögensübergabe nicht dem Bezirksamte zur Genehmigung vorgelegt worden, allein es ist von Seiten der Interessenten doch zu diesem Zwecke geschehen, was ihnen sowohl nach dem Geiste des Gesetzes als auch nach Billigkeit zugemuthet werden kann, um den gesetzlichen Nachtheil der Nichtigkeit von sich abzuwenden. Es wurde nämlich schon das Vorhaben des Vertrags dem Amtsrevisorate angezeigt, der Vertrag selbst von einem Staatsschreiber aufgenommen, amtlich aufgestellte Schätzer beigezogen und sodann die Vertragsurkunde dem Amtsrevisorate zur Prüfung übergeben, welches auch eine Durchsicht vorgenommen hat, wie sich dieses aus den Acten ergibt. Es war hiernach Pflicht des Amtsrevisorats, nach Beendigung der ihm obliegenden Prüfung den

Digitized by Google

Vertrag dem Bezirksamte zur Anordnung des Weiteren zu übergeben, und die Interessenten konnten mit Recht voraussetzen, daß dieses auch geschehen werde, nachdem sie ihrer Seits wenigstens derjenigen Polizeibehörde, welche die Sache am nächsten berührte und welche bei einer unmittelbar an das Amt gerichteten Genehmigungsbitte ohnedies zur Vorlage des Vertrags und zum Berichte wäre aufgefordert worden, Kenntniß von dem Vertrage gegeben und dadurch deutlich an den Tag gelegt hatten, daß es ihre Absicht nicht sei, privatim und ohne Interzession der öffentlichen Behörden den Vertrag abzuschließen, daß sie vielmehr diesen hinlängliche Gelegenheit geben wollten, das öffentliche Interesse zu wahren."

Die schwierigste Frage ist aber diese, ob da, wo unbestritten ein mit Nichtigkeit bedrohter Mangel in der Form vorliegt, nach Ablauf von 10 Jahren die Anfechtungsklage erloschen sei. Diese Frage wird bald bejaht, bald verneint. Ersteres kürzlich wieder in Sachen Steinert gegen Steinert (im 1. Senate) mit folgenden Gründen:

„Die von den Richtern der vorderen Instanzen abgewiesene Klage, mit welcher die Kläger, als Kinder und gesetzliche Erben des im Jahre 1833 verstorbenen Mathäus Steinert zu Unterbrunnen und seiner bereits im Jahr 1813 verlebten Ehefrau, die Nichtigerklärung und beziehungsweise Umstoßung der von ihrem Vater unter'm 3. Nov. 1818 vorgenommenen Vermögensübergabe an seinen Sohn, den Beklagten Philipp Steinert, Herausgabe des übergebenen Vermögens und gleichmäßige Vertheilung desselben unter sämmtliche Erben verlangen, ist auf drei ihrem Wesen nach verschiedene Gründe, nämlich auf die Behauptung gestützt:

1. daß bei der angefochtenen Vermögensübergabe, die für solche Rechtsgeschäfte im L.R.S. 1100 ab bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Form der Schenkungen unter Lebenden nicht beobachtet, namentlich die Urkunde darüber nicht durch einen Staatsschreiber in öffentlicher Form abgefaßt, zur Abschätzung der übergebenen Liegenschaften und Fahrnisse keine Sachverstän-

Digitized by Google

dige beigezogen, die Bedingungen, an welche die von dem Amte ertheilte Genehmigung des Vertrages geknüpft war, in der Folge nicht erfüllt worden seien, auch mehrere Miterben bei der Vermögensübergabe nicht mitgewirkt und die Urkunde darüber nicht unterzeichnet haben.

Zu 1.

Was den ersten Klaggrund betrifft, welcher auf dem Mangel einer förmlichen Beurkundung des Aktes der Vermögensübergabe durch einen Staatsschreiber beruht, so kann unter der Voraussetzung, daß das angefochtene Rechtsgeschäft als eine wirkliche Vermögensübergabe im gesetzlichen Sinne und nicht, wie beklagter Seits behauptet wird, als ein zwischen Mathä Steinert und seinem Sohne abgeschlossener Kaufvertrag beurtheilt werden muß, nach Ansicht der L.R.S. 1100 ab und 931, sodann des Art. 11 des Gesetzes über die Vermögensübergaben und Verpfründungen vom 25. Sept. 1807, wo für diese Rechtsgeschäfte jene Art der Beurkundung überall bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, die Begründung der Klage eben so wenig als deren Beweis bezweifelt werden, indem die bezügliche Uebergabsurkunde vom 3. Nov. 1818 zeigt, daß solche durch keinen Staatsschreiber, sondern durch den Vogt Sibler von Schluchsee, welchem die Befugniß zur Aufnahme derartiger Beurkundungen unbestritten nicht zustand, gefertigt wurde. Der deßfallsige Mangel ist auch durch den späterhin und zwar im Monate Nov. 1819 ohne näher bestimmtes Datum von dem Theilungskommissär Schuhmacher zu Hinterschwand aufgenommenen, seinem Inhalte nach mit der Uebergabsurkunde vom 3. Nov. 1818 im wesentlichen übereinstimmenden Entwurf einer weiteren Beurkundung nicht beseitigt worden; da es diesem Akte an dem ersten Erfordernisse zur Gültigkeit und Wirksamkeit, der Mitwirkung und Unterschrift der Betheiligten, unter welchen der Vertrag zu Stande gekommen sein soll, mangelt. Die auf der Bestimmung des L.R.S. 1338 beruhende Einrede der freiwilligen Erfüllung und der Genehmigung des Vertrages kann der vorliegenden Klage mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden. Denn, da es sich hier um ein Rechtsgeschäft han-

Digitized by Google

delt, welches an die Formen der Schenkungen unter Lebenden gebunden und sohin nach den hiefür geltenden Regeln zu beurtheilen ist, so findet hier nicht die Bestimmung des L.R.S. 1338, sondern vielmehr jene des S. 1339 ihre Anwendung, wornach die Fehler einer unförmlichen Schenkung durch keine bestätigende Urkunde, also auch nicht durch die einer solchen Bestätigung in der Wirksamkeit gesetzlich gleichgestellte freiwillige Erfüllung, sondern nur durch eine in gesetzlicher Form neu zu fertigende Urkunde verbessert werden können. Wenn daher auch klagender Seits zugestanden ist, daß die angefochtene Vermögensübergabe von dem Uebergeber Mathäus Steinert sofort nach ihrem Abschlusse in Vollzug gesetzt worden sei; so wurde dadurch allein noch die ursprüngliche Nichtigkeit derselben wegen Mangels der Form keineswegs beseitigt.

Eine freiwillige Bestätigung, Genehmigung oder Erfüllung des Uebergabsvertrags, welche nach dem Tode des Uebergebers von Seite seiner Erben oder Rechtsnachfolger geschehen, und nach Maaßgabe des L.R.S. 1340 als solche zur Heilung der gedachten Nichtigkeit geeignet wäre, kann in der im Jahre 1833 nach dem Tode des Mathäus Steinert erfolgten Vertheilung seines Nachlasses durch die Erben, auf die man sich beklagter Seits desfalls beruft, in sofern nicht gefunden werden, als die von den Erbbetheiligten damals vorgenommenen Handlungen sich darauf beschränkt haben, daß sie das Verzeichniß und die Versteigerung der zur Verlassenschaft gehörigen Vermögenstheile als richtig anerkannten, welches Anerkenntniß an und für sich allein eben so wenig, als die hiernach gefertigte und vollzogene Theilung der verzeichneten Bestandtheile des Nachlasses, eine Genehmigung oder freiwillige Erfüllung der frühern Vermögensübergabe enthielt, noch die Folgerung eines Verzichts auf ihre desfallsigen Rechtszuständnisse zu rechtfertigen vermag. Für wohlbegründet ist aber jedenfalls die beklagter Seits weiter vorgeschützte Einrede der Verjährung des L.R.S. 1304 zu erachten.

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß Mathäus Steinert durch Uebereinkunft vom 3. Nov. 1818 an seinen Sohn

Digitized by Google

Philipp Steinert unter Mitwirkung beinahe sämmtlicher übrigen Kinder oder ihrer Vertreter das in der vorliegenden Urkunde beschriebene Vermögen, bestehend in einem Hofgute und verschiedenen Fahrnissen, gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Uebergeber und dessen Kinder, Entrichtung eines jährlichen Leibgedinges an den Ersteren und Uebernahme der auf dem Gute haftenden Schulden und sonstigen Lasten unwiderruflich zu Eigenthum überlasse, und diese Uebereinkunft nach erfolgter amtlicher Bestätigung sofort vollzogen hat, Philipp Steinert aber hernach bis in die neueste Zeit, wo er das väterliche Hofgut an den Großh. Domainenfiscus verkaufte, im unangefochtenen Besitz des gedachten Vermögens geblieben ist. Wenn nun auch das von Math. Steinert und seinem Sohne Philipp unter Mitwirkung der übrigen Erben abgeschlossene Rechtsgeschäft als elterliche Vermögensübergabe zu seiner Gültigkeit und Wirksamkeit der förmlichen Beurkundung durch einen Staatsschreiber bedurfte, und der Mangel derselben durch die Erfüllung des Vertrages allein noch keineswegs beseitigt wurde, das Rechtsgeschäft sohin immerhin an einer Nichtigkeit litt: so konnte doch nach der unbeschränkt allgemeinen Verfügung des L.R.S. 1304, welcher alle Arten von Nichtigkeiten ohne Unterschied, auf welchem Grunde sie beruhen mögen, umfaßt,

— Toullier T. VII. Nr. 599 —

auch jene auf einem blosen Mangel in der Form der Beurkundung beruhende Nichtigkeit gleich jeder anderen durch den Ablauf von 10 Jahren in der Weise geheilt werden, daß nach diesem Zeitraume eine Nichtigkeits- oder Umstoßungsklage nicht mehr stattfand. Die Absicht des Gesetzgebers, die Heilung solcher, in dem Mangel gesetzmäßiger Einwilligung der Vertragspersonen oder der Form dieser Einwilligung liegender, Nichtigkeiten der Verträge durch den Ablauf der Verjährungszeit von 10 Jahren, ist nicht allein aus den alle Fälle der Nichtigkeit einschließenden Worten des L.R.S. 1304, sondern auch insbesondere aus der speziellen Anführung mehrerer Fälle in dem nämlichen Satze und in dem Zusatze 1304 a klar zu entnehmen. Es sind nämlich dort

Digitized by Google

die Handlungen der nicht ermächtigten Ehefrauen, der Minderjährigen und sogar der Mundlosen aufgeführt, bei welchen die Klagen auf Vernichtung oder Umstoßung ihrer Verträge vom Tage der Auflösung der Ehe, der erreichten Volljährigkeit und der Aufhebung der Entmündigung, mithin vom Tage des Eintretens der vollen Vertragsfähigkeit an nach 10 Jahren erlöschen sollen. In gleicher Weise lief diese Verjährung auch den ledigen ohne Beistand handelnden Personen, welche vor Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaft nicht allein contrahiren konnten, vom Tage der Vertragserfüllung an. Obgleich jene Personen, die Ehefrauen, Minderjährigen und Mundlosen nach L.R.S. 1124, 217, 225, 439, 502 — 504 unfähig sind, Verträge zu schließen, bei ihren Rechtshandlungen sohin die nach L.R.S. 1108 zur Giltigkeit eines Vertrages erforderliche Vertragsfähigkeit eben so wohl als die zur Perfection derselben nothwendige Einwilligung mit rechtlicher Wirksamkeit fehlt, soll dennoch die fragliche Verjährung diesen Mangel heilen. Dieses muß daher um so mehr in dem hier vorliegenden Falle der Nichtigkeit angenommen werden, wo die Vertragsfähigkeit der Contrahenten sowohl als die Thatsache ihrer Einwilligung außer Zweifel ist, und die Nichtigkeit nur auf der Form beruht, in welcher die Einwilligung geäußert oder beurkundet wurde.

Eine Ausnahme dieser Nichtigkeit von der gesetzlichen Regel des L.R.S. 1304 läßt sich mit der Behauptung, daß solche auf einem öffentlichen Interesse beruhe, nicht begründen. Da bei der Frage, in welcher Form die Verträge von Privatpersonen beurkundet werden sollen, das Interesse des Staates in der That nur in sehr entfernter Weise etwa betheiligt sein könnte, so ist die Behauptung, daß die desfallsige Vorschrift des Gesetzes auf dem öffentlichen Interesse beruhe, schon an und für sich nicht richtig, der Grund des bezüglichen Gesetzes vielmehr in dem Interesse der Vertragspersonen selbst und in einer Art von vormundschaftlicher Vorsorge des Gesetzgebers für dieses Interesse zu suchen. Schon darum unterliegt die Nichtigkeitsklage hier nicht minder als z. B. jene der Mundlosen und Minderjährigen der 10 jährigen Ver-

Digitized by Google

sitzung. Aber auch hievon abgesehen und angenommen, es beruhe die fragliche Nichtigkeit schlechthin oder doch nebenbei auf einem öffentlichen Interesse, so fehlt es bei der unbedingt und allgemein sprechenden Verfügung des L.R.S. 1304 an jeder positiven Andeutung, welche den Richter berechtigen könnte, bei seiner Anwendung zwischen den verschiedenen Arten von Nichtigkeiten nach dem mehr oder weniger erkennbaren Grunde der bezüglichen Gesetzesvorschrift zu unterscheiden, während der Gesetzgeber auf solche Weise nicht unterschieden hat. Es wäre eine derartige Unterscheidung um so weniger zu rechtfertigen, als hiedurch der Zweck des Gesetzes, einen festen Rechtszustand durch Verjährung der Klagen herzustellen und endlosen Anfechtungen der Verträge eine Grenze zu setzen, in so vielen Fällen vereitelt werden würde.

cf. Oberhofg. Jahrb. Neue Folge L.R.S. 469 — 473.

Da die auf dem Mangel der öffentlichen Beurkundung des Uebergabsvertrags beruhende Nichtigkeitsklage den jetzigen Klägern keineswegs Kraft eines eigenen Rechts, sondern lediglich in ihrer Eigenschaft von Rechtsnachfolgern des Vermögensübergebers Mathäus Steinert zusteht, der Lauf der Verjährung sohin von da, wo die Nichtigkeit durch diesen Letzteren klagend geltend gemacht werden konnte, d. h. mit der Perfection oder dem Vollzuge des formell nichtigen Vertrages begonnen hat; so war die gesetzliche Verjährungsfrist von 10 Jahren schon zu Lebzeiten des im Jahr 1833 gestorbenen Math. Steinert umlaufen. Der erst im Jahre 1840 von seinen Erben und unter diesen von der gegenwärtigen Oberappellantin erhobenen Klage steht daher, in soweit solche auf den gedachten Nichtigkeitsgrund gebaut ist, die Einrede der Verjährung des L.R.S. 1304 mit zerstörender Wirkung entgegen.

Gleiches gilt von den unter Nr. [illegible]führten weiteren Anführungen, namentlich von dem behaupteten Mangel des Beizuges verpflichteter Schätzer bei der angefochtenen Vermögensübergabe ꝛc., in sofern auch hierin erhebliche Nichtigkeitsgründe etwa gefunden werden könnten, und klagender Seits diese weiteren Mängel zur Anfechtung des Vertrages wirklich geltend gemacht worden sind."

Digitized by Google

Anmerkung.

Die Beantwortung der Frage, ob ein wegen Mangels der gesetzlichen Form nichtiger Vertrag durch Ablauf von 10 Jahren von seinen Mängeln befreit werde, greift so tief in das Nichtigkeitssystem ein, daß es zur Beleuchtung der Sache unumgänglich nöthig erscheint, über jenes System einige allgemeine Bemerkungen zu machen. Dabei müssen wir aber zur Vergleichung die Grundsätze des römischen Rechts, welche fest und consequent durchgeführt sind, unter Berufung auf v. Savigny röm. Recht 4. B. kurz voranschicken.

Der allgemeine Begriff der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zerfällt nach römischem Recht in die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, welche beide Arten der Ungültigkeit wesentlich von einander verschieden sind.

Die Nichtigkeit besteht darin, daß das Geschäft von Anfang an gar nicht existirt, daß mithin die Willenserklärung, welche eine rechtliche Wirkung hätte äußern sollen, diese schlechthin nicht zu erzeugen vermochte. Sie blieb von Anfang an eine wirkungslose Begebenheit. Folgen aus diesem Grundsatze sind:

1. Es gibt keine besondere Klage und auch keine besondere Einrede zur gerichtlichen Verfolgung der Nullität, weil es weder möglich noch nöthig ist, dasjenige was ohnehin nichtig ist, also nicht besteht, durch eine Klage erst umzustoßen. Wenn auf den Grund einer solchen gänzlich wirkungslosen Willenserklärung eine Vermögensveränderung zwischen den Contrahenten thatsächlich eingetreten ist, so besitzt derjenige, der eine Sache empfangen hat, sine causa. Es findet daher die condictio sine causa oder auch die Rei vindicatio gegen den Besitzer der Sache statt, und die Einwendung, daß der Kläger die Sache übergeben habe, ist ganz und gar nicht zu berücksichtigen, weil es der traditio an einer justa causa fehlt.

2. Der Richter kann und muß die Nichtigkeit von Amtswegen beachten und braucht daher das Vorschützen derselben gar nicht abzuwarten, wenn sie anders aus den Akten erhellt.

Digitized by Google

3. Von einer Heilung einer solchen Nullität durch Verzicht oder Verjährung hinsichtlich der zur Verfolgung gegebenen Klagen und Einreden kann, wie sich hiernach von selbst versteht, gar keine Rede sein. Es kann nur eine Verjährung der condictio oder Rei vindicatio eintreten.

Bei der Anfechtbarkeit dagegen ist das Rechtsgeschäft zu Stande gekommen und hat alle diejenigen Wirkungen hervorgebracht, welche die Willenserklärung bezweckte, allein es besteht damit zugleich ein eigenes entgegenwirkendes Recht, vermöge dessen eine bestimmte, hiezu berechtigte Person durch Klagen, Einreden, Restitutionen, die Willenserklärung wieder entkräften kann. Macht sie aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so bleibt das Rechtsgeschäft in seiner ursprünglichen ungeschwächten Kraft. Jenes entgegenwirkende Recht hat eine selbstständige Natur und kann daher auch von besonderen Schicksalen betroffen werden. Es kann durch Verzicht oder Zeitablauf aufhören, so daß nunmehr die Willenserklärung, von dieser Hemmung befreit, ihre volle Wirksamkeit behauptet.

Gleichsam in der Mitte zwischen diesen beiden Gegensätzen steht die jetzt sogenannte relative Nichtigkeit. Sie stimmt mit der Anfechtbarkeit darin überein, daß nur bestimmten Personen das Recht zukommt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen, und daß daher der Richter nicht von Amtswegen und ohne Aufforderung der betreffenden Personen Rücksicht darauf nehmen kann. Im Uebrigen hat aber diese Art der Ungültigkeit für die betreffenden Personen alle Folgen der Nullität. Sie brauchen das Geschäft nicht mit einer besondern Klage anzufechten, sondern sie können, wie bei der absoluten Nichtigkeit, zu jeder Zeit die Rechte verfolgen, welche ihnen zustehen würden, wenn das Geschäft gar nicht wäre abgeschlossen worden.

Vergl. hierüber v. Savigny röm. R. IV. B. §. 202 ff.

Im französischen Rechte müssen wir nun vorweg darauf verzichten, diese Unterschiede in der Ausdrucksweise wieder zu erkennen, vielmehr hat hier der Ausdruck „nullité“ oft die Bedeutung des allgemeinen Begriffs der Ungültigkeit.

Digitized by Google

Eben darum und weil der Art. 1304 auf den ersten Anblick von allen Klagen, welche die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts betreffen, zu reden scheint, ist auch die von Toullier aufgestellte Ansicht ziemlich herrschend geworden, daß alle mangelhaften Geschäfte, ihr Fehler möge in was immer bestehen, nur den Character der Anfechtbarkeit (im obigen Sinn des Wortes) hätten, und daher einer Heilung durch Ablauf der 10jährigen Zeit empfänglich seien.

Dieses System führt jedoch zu Consequenzen, die bei näherer Ueberlegung alsbald zur Umkehr nöthigen, da sie mit der Natur der Sache unvereinbar sind und unvereinbar sein müssen, weil der Unterschied, den das römische Recht aufstellt, wenigstens nach seinen Grundzügen kein willkührlicher, sondern durch das Wesen der Sache gebotener ist. Ebenso geräth man auf jenem Wege in unauflösliche Widersprüche mit den Worten des Gesetzes selbst. Man muß einem Rechtsgeschäfte, von welchem das Gesetz sagt, es sei nichtig und wirkungslos, nichts desto weniger eine Wirkung zuschreiben und kann nur nebenbei gestatten, daß diese Wirkung wieder beseitiget wird. Man muß z. B. einem Vertrage, der für nichtig und wirkungslos erklärt ist, nichts desto weniger die Wirkung beilegen, daß — wenn er auf eine Veräußerung gerichtet war, das Eigenthum kraft Gesetzes aus der Hand des einen Contrahenten in die Hand des anderen übergegangen ist (S. 1138, 938, 1583), während es doch gerade das Gesetz ist, welches die volle Wirkungslosigkeit ausspricht. Der eine Contrahent könnte sagen, ich bin nach Satz 938 kraft Gesetzes Eigenthümer geworden, und der andere: ich bin nach Satz 932 kraft Gesetzes Eigenthümer geblieben. Jeder könnte also für seine Behauptung den Buchstaben des Gesetzes anrufen. Man sieht auch aus dem Art. 1117 ganz klar, daß das Gesetzbuch an Gegensätze im Gebiet der Ungültigkeit gedacht hat, und die Schwierigkeit besteht nur darin, diese Gegensätze herauszufinden und durchzuführen. Deshalb haben in neuerer Zeit die meisten Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß der Art. 1304 nicht auf alle Ungültigkeiten anwendbar sei, allein über die Grenz-

Digitized by Google

linie sind sie noch nicht ganz einig geworden. Die gewöhnliche Regel besteht darin, daß zwischen der im öffentlichen Interesse und zwischen der im Interesse Einzelner festgesetzten Ungültigkeit unterschieden werden soll. Die erstere Art der Ungültigkeit wäre die absolute Nichtigkeit des römischen Rechts und alle anderen Mängel fielen in das Gebiet der Anfechtbarkeit.

Daß in dieser Unterscheidung eine Wahrheit liegt, ist nicht zu verkennen, allein sie ist schwer in allen einzelnen Fällen durchzuführen und ein anderer Weg dürfte sicherer zum Ziele führen.

Dieser andere Weg besteht in einer genaueren Prüfung der Frage, ob nicht schon aus der Stellung des Satzes 1304, aus seinem Zusammenhange mit den unmittelbar vorausgehenden Bestimmungen des Gesetzbuchs und sodann aus den bei der Legislation selbst gehaltenen Reden sich ergebe, auf welches Gebiet jener Satz zu beschränken sei?

Bei einer genaueren Betrachtung aller dieser Momente möchte es in der That kaum zweifelhaft bleiben, einmal: daß der Gesetzgeber bei der Abfassung jenes Art. nicht das ganze Gebiet der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte vor Augen hatte, sodann auch, welche speciellen Mängel er als heilbar durch Zeitablauf bezeichnen wollte. Der Art. 1304 steht in dem allgemeinen Theile des Vertragsrechts und dieser allgemeine Theil bezieht sich auf Verträge über Vermögensrechte. In diesem allgemeinen Theile sind die wesentlichen Bedingungen der Gültigkeit aller Verträge durch den Art. 1108 aufgestellt worden, nämlich: 1. Einwilligung, 2. Vertragsfähigkeit, 3. ein bestimmter Gegenstand und 4) eine erlaubte Vertragsursache. Von den Förmlichkeiten, die das Gesetz für gewisse Arten der Verträge vorschreibt, ist dort gar nicht die Rede, weil eine besondere Form für Eingehung der Verträge im Allgemeinen nicht nothwendig ist. Das Gesetzbuch schreitet nun weiter zur Abhandlung dieser einzelnen Erfordernisse und bestimmt jeweils genau, welche Wirkungen der Mangel eines solchen Erfordernisses haben soll.

Digitized by Google

Zunächst und im ersten Abschnitt ist von Irrthum, Betrug, Zwang und Verkürzung die Rede und dabei ist diesen Mängeln in Satz 1117 deutlich genug diejenige Folge beigelegt, die oben mit dem Namen der Anfechtbarkeit bezeichnet wurde.

Im folgenden Abschnitt werden die Personen genannt, welche unfähig sind, Verträge abzuschließen. (Dabei werden auch aufgeführt diejenigen, denen besondere Gesetze gewisse Verträge untersagen. Darunter sind aber, wie aus den Diskussionen klar erhellt, nicht etwa besondere Bestimmungen des Civil-Gesetzbuchs, sondern anderweite Staatsgesetze gemeint, wie z. B. die Gesetze über Corporationen.)

Der Art. 1126 verfügt, daß diese Personen die Rechtsgeschäfte anfechten können. Die relative Nichtigkeit, welche nach römischem Rechte in derartigen Fällen eingetreten ist, erscheint daher hier als Anfechtbarkeit, und ist mit der Umstoßung auf gleiche Linie gestellt. Der dritte Abschnitt handelt von dem Gegenstand der Verträge und hier ist die Nullität theils durch verbietende Gesetze angedroht, (Art. 1130 Abs. 2), theils fällt dasjenige, was der Abschnitt weiter verfügt, gar nicht unter den Begriff der eigentlichen Nullität, indem ein Vertrag, der keinen bestimmten Gegenstand hat, in Wahrheit gar kein perfecter Vertrag ist.

Endlich kommt der Gesetzgeber im 4. Abschnitt zur Vertragsursache und es verfügt der Art. 1131, daß ein Vertrag, der auf einer unerlaubten Vertragsursache beruhe, keine Rechtswirkung hervorbringe (was natürlich auch von einem unerlaubten Gegenstand gilt.)

Auf Klagen wegen Ungültigkeit ist also nur in den ersten beiden Abschnitten hingedeutet, und zwar im ersten Abschnitt bei solchen Mängeln, die nach röm. Recht eine Anfechtungs- oder Reszissionsklage erzeugten, im zweiten Abschnitt bei solchen, die nach röm. Recht unter die Klasse der relativen Nichtigkeit gehörten.

Das fünfte Capitel desselben Titels handelt von der Erlöschung der Verbindlichkeiten, und der Satz 1234 bestimmt die einzelnen Arten der Erlöschung der Vertragsverbindlichkeiten, worunter in Abs.

Digitized by Google

7 auch die Nichtigkeit oder Umstoßung aufgeführt sind. Hiebei ist wohl zu erwägen, daß eine Verbindlichkeit, die aufhören soll zu existiren, nothwendig Anfang und Dauer einer Existenz gehabt haben muß, weil man von einer Verbindlichkeit, die rechtlich gar nicht existirt, auch nicht sagen kann, daß sie auf diese oder jene Weise erlösche. Mit dem Satze 1304 beginnt sodann die nähere Erörterung dieses Erlöschungsgrundes. Es ist in diesem Abschnitt von einzelnen Ungültigkeitsgründen die Rede und zwar

1. von den römischen Restitutions- oder Anfechtungsgründen des Zwangs, Irrthums, Betrugs und der Verkürzung;

2. von den Fällen der relativen Nichtigkeit des Art. 1124, und es wird überall der Anfangspunkt für den Lauf der zehn Jahre bestimmt. Es sind also gerade diejenigen Anfechtungsgründe einzeln hervorgehoben, von denen unmittelbar vorher, im nämlichen Titel gesagt worden ist, daß sie durch Umstoßungs- und Anfechtungsklagen geltend gemacht werden können und müssen, dagegen wird anderer Mängel nicht gedacht. Wenn man dabei im Sinne des früheren Rechts zwischen demande en nullité und en rescision unterscheiden will, so gehören die Vertragsunfähigkeit als relative Nichtigkeit in das Gebiet der ersteren, alle übrigen Fälle in das Gebiet der zweiten Klage. Das Gesetzbuch wollte jedoch diese beiden Mängel in ihren Wirkungen gleich stellen und mithin den Unterschied des gemeinen Rechts zwischen relativer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit aufheben.

Auf diese Weise erklärt es sich ganz einfach, warum es in dem Art. 1304 heißt, die Klage auf Vernichtung oder Umstoßung eines Vertrages u. s. w., und aus dem gleichen Grunde wird es klar, warum es weiter heißt, die Klage daure in allen Fällen, wo nichts besonderes festgesetzt sei, 10 Jahre. Es sind nämlich damit alle diejenigen Fälle gemeint, von welchen im Vorhergehenden die Rede war und es sollten die Unterschiede aufgehoben werden, welche in dem bis dahin bestandenen franz. Recht in Ansehung der Erlöschung gegolten hatten, indem die demande en nullité bisher 30 Jahre, die demande en rescision aber nur 10 Jahre gedauert hatte.

Digitized by Google

Hiernach dürften die Interpretationsregeln die Unterstellung durchaus nicht gestatten, daß der Gesetzgeber, welcher bisher in dem betreffenden Titel eine gewisse Klasse von Ungültigkeitsgründen vor Augen und dieselben der Reihe nach berührt hatte, bei dem Art. 1304 angelangt, auf einmal aus dem Kreise, in dem er sich bisher bewegt hat, herausgetreten sei, um nunmehr allgemeine Regeln über die ganze Materie der Ungültigkeit, die im Gesetzbuch sonst nirgends in solcher Allgemeinheit zur Sprache kömmt, festzusetzen, daß er mithin an dieser Stelle habe Regeln aufstellen wollen, die nicht blos bei Verträgen, wie sie das Gesetzbuch in jenem Titel vor Augen hat, sondern auch bei Schenkungen auf den Todesfall u. s. w., sodann nicht blos in denjenigen Fällen, wo das Gesetz selbst von Umstoßung und Anfechtung redet, sondern auch dort, wo es Verträge geradezu für wirkungslos erklärt, zur Anwendung kommen sollen. Man wird vielmehr zu dem Resultate gelangen müssen, daß der Gesetzgeber nur an die Anfechtungs- und Umstoßungsklagen gedacht hat, von denen unmittelbar vorher die Rede war.

Bliebe übrigens noch irgend ein Zweifel, so wird er durch den Inhalt der Rede gelöst, womit Jaubert die Annahme jenes Titels empfohlen hat. Er sagt zu Art. 1304:

„Die Nichtigkeits- und Umstoßungsklage ist nur auf diejeni-„gen Fälle anwendbar, wo die Uebereinkunft fähig ist, eine Klage „hervorzubringen, welche Klage aber durch eine Einrede elidirt „werden kann, d. h.

„1. auf den Fall der Vertragsunfähigkeit,

„2. auf den Mangel freier Einwilligung.

„Eine unerlaubte Vertragsursache macht den Vertrag in der „Weise ungültig, daß ihn kein Zeitablauf zu Kräften bringen „kann; es ist gar kein Vertrag vorhanden."

„Wenn ferner ein Vertrag keinen Gegenstand hat, so ist es „ebenfalls unmöglich, daß er zu irgend einer Zeit eine Verbind-„lichkeit erzeugt. Die Parteien haben in diesen Fällen gar nicht „nöthig, sich an die Gerichte zu wenden, um sich von einer Ver-

Digitized by Google

„bindlichkeit befreien zu lassen, sie können immerhin einwenden, „daß eine Verbindlichkeit nicht existire."

Es wäre auch in der That ein seltsamer Widerspruch, wenn das Gesetz einerseits einen Vertrag für wirkungslos erklären würde, wie z. B. in Satz 1131, und der Richter auf den Grund der nachfolgenden Sätze nichts desto weniger behaupten wollte, der Vertrag habe dennoch eine Wirkung, nur könne diese Wirkung durch Anfechtung beseitiget werden.

Deßwegen sagt

Troplong de la vente Nr. 249

in Bezug auf Verträge über künftige Erbschaften, daß sich der Satz 1304 nur auf anfechtbare Verbindlichkeiten beziehe und auf Mängel die beseitiget werden können. In diesen Fällen daure die Klage 10 Jahre. Wenn aber ein Vertrag die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verletze, so könne ihn der Ablauf von 10 Jahren nicht unangreifbar machen. Er könne nicht durch einen ausdrücklichen Act, also auch nicht durch Stillschweigen der Parteien genehmiget werden. In Bezug auf Verkäufe ohne Gegenstand bemerkt er in Nr. 252 weiter: ein solcher Vertrag sei, wenn er sich so ausdrücken dürfe, mehr als nichtig, er habe gar keine Existenz und sei nicht etwa blos mit der Eigenschaft der Anfechtbarkeit in's Leben getreten, es sei nicht nöthig, ihn zu vernichten. Die im Falle geleisteter Zahlung zu erhebende Klage sei einfach die condictio indebiti, welche 30 Jahre daure.

Diese Begrenzung des Satzes 1304 führt im Ganzen zu ähnlichen Resultaten, wie die Unterscheidung zwischen Nichtigkeiten im öffentlichen und Privatinteresse, allein es bedarf dabei der oft schwierigen Untersuchung nicht, was in das Gebiet der einen oder anderen Nichtigkeit gehöre. Unstreitig sind alle Gründe der Ungültigkeit, von welchen der Satz 1304 nach Obigem handelt, von der Art, daß sie nicht das öffentliche, sondern nur das Interesse Einzelner berühren, und man kann auch behaupten, daß sie eben deßhalb in eine Klasse geworfen und ohne Unterschied als Anfechtbarkeit behandelt worden seien. Allein man stößt auf Schwierigkeiten, wenn man den Gegensatz derselben auf Nich-

Digitized by Google

tigkeiten aus dem öffentlichen Interesse beschränken will. Man muß vor Allem diejenigen Fälle als Gegensatz betrachten, in welchen das Gesetz die Nichtigkeit oder Wirkungslosigkeit z. B. wegen Mangels der vorgeschriebenen Form (L.R.S. 6 k) oder wegen eines Verbots (L.R.S. 6 l) ausdrücklich angedroht hat, ohne daß es hier weiter darauf ankömmt, auf welchen Gründen jene Androhung beruht. Endlich wird auf diesem Wege zwischen den Sätzen 1304 und 1338 ff. diejenige Uebereinstimmung hergestellt, welche nach der Natur der Sache zwischen denselben bestehen muß. Wo nämlich eine zehnjährige Frist einen Mangel heilen kann, da muß er auch einer Heilung durch Bestätigung fähig sein und so umgekehrt. Oder mit anderen Worten: beide Sätze müssen sich auf dieselben Vertragsmängel beziehen und eben dieses Resultat ist die Folge der hier vertheidigten Meinung, während nach der anderen Ansicht die Heilung durch Zeitverlauf auch da eintreten würde, wo eine ausdrückliche Bestätigung ohne Wirkung ist.

Mit den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung ist im Wesentlichen einverstanden die neuere Schrift von

Windscheid über Ungültigkeit nach dem C. Nap. S. 76 ff.

Nur glaubt dieser Schriftsteller, welcher übrigens Andere oft mißverstanden hat, daß man ausser den im 7. Abschnitt (Art. 1304 ff.) erwähnten Fällen der relativen Nichtigkeit im Gesetzbuch noch weiteren Fällen dieser Art nachspüren müsse, und dieses thut er denn auch in einer sehr weitläufigen Erörterung. Er verhehlt sich aber dabei selbst nicht, daß er sich auf einem sehr unsicheren Boden befinde. (S. 88.)

Nachdem er von S. 85 bis S. 129 untersucht hat, wo keine relative Nichtigkeit vorhanden sei, wirft er S. 129 die Frage auf: in welchen Fällen denn eigentlich eine relative Ungültigkeit wirklich vorhanden sei.

Ausser den unbestrittenen Fällen des S. 1124, wohin natürlich auch die Verträge der Halbentmündigten und der Mundtodten gehören, kommt er zu dem Art. 472 und rechnet ihn mit der Bemerkung zu der relativen Ungültigkeit, daß er gerne zugeben wolle, es seien durch die von ihm angeführten Gründe nicht alle

Digitized by Google

Zweifel gehoben. Dieses und der weitere Satz, daß auch die actio Pauliana der 10jährigen Dauer unterworfen sei, was aber schon aus ihrem Character als Klage wegen Betrugs folgen dürfte, und für uns wegen S. 1167 a ohnedies keine Bedeutung hat, ist die ganze Ausbeute seiner weitläufigen Nachforschung!

Zum Schlusse nur noch folgende Bemerkung. Bei Verträgen welche die Veräußerung von Liegenschaften bezwecken, besteht der Unterschied zwischen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit namentlich darin, daß bei einem nichtigen Vertrage das Eigenthum nicht auf den, der es erhalten soll, übergeht, sondern in den Händen des Veräußerers bleibt, möchte auch die Tradition erfolgt sein. Der Empfänger hat zwar den faktischen Besitz durch einen Titel, der nach L.R.S. 2267 nicht einmal die Ersitzung begründen kann, erlangt, allein dieser Besitz hindert den Tradenten oder seine Rechtsnachfolger durchaus nicht, mit der Vindication oder nach Umständen mit der Theilungsklage aufzutreten und sie haben nicht nothwendig, eine Nichtigkeitsklage damit zu verbinden. Es kann daher auch von einer Erlöschung der letzteren Klage keine Rede sein. Es ist nämlich schon oben bemerkt worden, daß es ein Widerspruch wäre, wenn ein Vertrag der kraft Gesetzes nichtig und wirkungslos ist, dennoch die Wirkung des S. 1138 hervorbringen würde. Daß das Faktum der Uebergabe für sich allein diesen Effect nicht hervorbringen kann, dürfte sich nach unseren Regeln über den Eigenthumserwerb ohnedies von selbst verstehen. Dagegen geht bei Verträgen die nur anfechtbar sind, das Eigenthum allerdings über, und es bedarf einer Klage, um dasselbe wieder zu erlangen, oder zu widerrufen.

Wenn man demzufolge einen Uebergabsvertrag wegen mangelnder Formen seinem ganzen Umfange noch als nichtig behandelt, so ist die Sache so zu betrachten, als wäre das Eigenthum der übergebenen Güter gar nicht auf den Uebernehmer übergegangen, und die hieraus sich ergebenden Schlußfolgerungen bedürfen keiner weiteren Erörterung. (Vergl. auch unten Nro. VI.) R.

Digitized by Google

IV.

Recht der vor 1810 angelegten Fenster.

(Fleischmann gegen Wahl.)

Nachdem unser Landrecht mit dem Jahre 1840 das wichtige Alter seiner längsten Verjährungszeit überschritten hat, ist auch bei uns die Streitfrage heimisch geworden, welche Rechte derjenige erwerbe, der über die Verjährungszeit hinüber Aussichtsfenster an einer Stelle hatte, wo er nach dem Landrecht keine solchen Fenster haben durfte, vielmehr der Nachbar hätte verlangen können, daß er dieselben beseitige oder in Lichtöffnungen verwandle. Man streitet sich namentlich darüber, ob nur die Klage auf Beseitigung der Fenster erloschen oder ob das Recht der Aussicht erworben worden sei, welches Recht die Verbindlichkeit des Nachbars in sich schließt, der Aussicht durch einen Neubau nicht zu schaden. Nach der jetzt ziemlich konstanten Praxis der französischen Gerichte, sowie auch nach der unsrigen muß diese Frage zu Gunsten des Fensterinhabers entschieden werden. Wir verweisen hierwegen auf die an anderen Orten mitgetheilten, bekannten Erörterungen und Entscheidungen und fügen nur bei, daß das durch Ersitzung erworbene Recht nach analoger Anwendung des Zusatzes 680 a darin besteht, daß der Nachbar bei einem Baue die im S. 678 beschriebene Entfernung beobachten muß.

Eine ganz andere Frage ist es nun aber, ob diese Grundsätze auch auf solche Fenster Anwendung leiden können, die schon vor 1810 bestanden haben? Es sind Urtheile ergangen, nach welchen

Digitized by Google

dem 30 jährigen Bestand dieser Fenster ganz die gleiche Wirkung beigelegt worden ist, wie wenn sie erst unter der Herrschaft des Landrechts wären angelegt worden. So hat auch das Hofgericht des Mittelrheinkreises in obigem Falle, in welchem erwiesen war, daß ein Fenster schon länger als 30 Jahre und zwar schon geraume Zeit vor Einführung des Landrechts bestanden hatte, angenommen, daß durch diesen Besitz das Recht der Aussicht erworben worden sei. Dagegen ist man bei dem Oberhofgericht (II. Senat) von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

Nach gemeinem Rechte konnte, sofern Partikulargesetze nichts Anderes verordneten, Jedermann nach Belieben Fenster in seiner eigenen Mauer anlegen. Sein Nachbar hatte kein Klagrecht aus dem Gesetz, diese Anlegung zu verhindern. Anderer Seits wurde aber auch das Eigenthum des letzteren durch den Bestand solcher Fenster, gleichviel wie lange er gedauert hatte, mit keiner Dienstbarkeit belastet, weil der Fensterbesitzer durch einen faktischen Zustand, den der Nachbar durch keine Klage zu verhindern vermochte, auch keine Dienstgerechtigkeit ersitzen konnte. Eine Ersitzung ist nur da möglich, wo eine Klage möglich oder ein Zustand vorhanden ist, der dem Rechte eines Anderen widerspricht oder doch möglicher Weise widersprechen könnte.

Die Verbote, welche das Landrecht in dieser Beziehung zum Vortheil nachbarlicher Grundstücke eingeführt hat, verändern zwar allerdings diesen Grundsatz, indem bei Anlegung verbotener Fenster nicht mehr von einer res merae facultatis die Rede sein kann. Diese Verbote können sich aber nur auf solche Fenster beziehen, die unter der Herrschaft des Landrechts neu angelegt werden, nicht aber auf solche, die schon früher angelegt waren. Es hätten sonst mit dem ersten Momente der Wirksamkeit des Landrechts alle Fenster beseitiget werden müssen, die dem neuen Gesetze nicht entsprechen, und eine solche rückwirkende Kraft des Gesetzes auf Zustände, die unter dem Schutze des früheren Rechts ihr Dasein erlangt haben, ist mit dem Verbote der Rückwirkung der Gesetze nicht zu vereinigen. Eben deßhalb behauptet auch

Lassaulx Commentar 3. B. S. 316,

Digitized by Google

daß die neuen Vorschriften auf ältere Fenster nicht anzuwenden seien.

Auf demselben Prinzip beruht ferner der Satz 680 a des Landrechts, indem er festsetzt, daß Fenster, welche gegen Allmendgut angelegt sind, also mit Recht angelegt wurden, dadurch, daß Allmendgut zu Nachbargut wird, in ihrem Fortbestande nicht beeinträchtiget werden sollen; daß vielmehr die Veräußerung des Allmends in lebende Hand ein eigentliches Fensterrecht, d. h. das Recht der Aussicht bewirke, damit dem Fensterbesitzer derjenige Zustand erhalten bleibe, der ihm vor der Veräußerung des Allmends durch das Gesetz gegeben war.

Mehr als die Fortdauer des bisherigen Rechts kann dagegen der Fensterbesitzer nicht verlangen. Er kann zwar fortan die auf das Landrecht gestützte Klage auf Beseitigung der Fenster durch den Beweis elidiren, daß das Fenster schon vor 1810 bestanden hat. Damit ist aber von selbst die weitere Folge verbunden, daß auch über den Umfang dieser Berechtigung das frühere Gesetz entscheidet. Dem Eigenthum des Nachbars konnte durch den Bestand der Fenster nicht die Servitut auferlegt werden, alle Anlagen zu unterlassen, welche die Aussicht hindern könnten, weil diese Wirkung des Besitzes voraussetzen würde, daß der Nachbar ein Klagerecht wegen dieser Fenster gehabt hätte. Auch darf der Fensterbesitzer nach Analogie des Satzes 665 keine Veränderungen vornehmen, welche den bisherigen Zustand für den Nachbar lästiger machen, und würde dieses geschehen, so wäre letzterer befugt, auf Herstellung des früheren Zustandes zu klagen.

R.

Digitized by Google

V.

Ueber die Regel: Confessus in jure non appellat.

(Votum in S. Creditores gegen Seiffert.)

In der Seiffertschen Gantsache wurde die Forderung und das Vorzugsrecht eines Gläubigers vom Gantanwalt als liquid anerkannt und diesem Anerkenntnisse gemäß in den Ordnungsbescheid aufgenommen. Demohngeachtet appellirte der Gantanwalt gegen diesen Theil des Ordnungsbescheides und suchte in zweiter Instanz diese Appellation durch das Vorbringen zu begründen, daß die Forderung durch Vergleich erloschen sei.

Das Hofgericht ließ diese Einrede zu, und es wurde nach gepflogenen Beweisverhandlungen dem Liquidanten ein Eid auferlegt, von dessen Leistung die Bestätigung des Urtheils erster Instanz abhängig gemacht wurde. Hiegegen ergriff der Gantanwalt die Oberberufung und das hofgerichtliche Urtheil wurde vom Oberhofgericht aus dem Grunde bestätigt, weil nach Lage der Acten die Eidesauflage an den Liquidanten gerechtfertiget sei.

Hiebei machte der Instructivvotant die Ansicht geltend, daß die Gantmasse schon deßwegen nicht beschwert sei, weil die neue Einrede bei der vorliegenden confessio in jure in II. Instanz gar nicht hätte zugelassen werden sollen, vielmehr der Liquidant sich darüber hätte beschweren können, daß ihm wegen jener Einrede noch ein Eid auferlegt worden sei.

Die nähere Begründung dieser Ansicht liegt in folgender Ausführung:

Die Unterscheidung zwischen confessio in jure und confessio

Digitized by Google

in judicio schreibt sich bekanntlich aus dem älteren römischen Prozesse her, wo die Verhandlungen zwischen dem Prätor und Judex getheilt waren. Es wäre jedoch ein großer Irrthum, zu glauben, daß diese Unterscheidung lediglich eine formelle gewesen sei, und daß somit ihre Bedeutung durch den Untergang der Form, welche den verschiedenen Arten des Bekenntnisses nur zufällig den Namen verliehen hat, aufgehört habe, vielmehr ist auch ein materieller und in der Natur der Sache so tief begründeter Unterschied zwischen beiden Geständnissen vorhanden, daß keine Gesetzgebung im Stande wäre, denselben aufzuheben. Der confessus in jure anerkennt die gegenwärtige Existenz des eingeklagten Anspruches und bekennt sich eben dadurch für schuldig, dem Klagbegehren zu entsprechen. Die confessio in jure ist daher der Gegensatz der Litiskontestation im Sinn des römischen Rechts, wo die letztere stets eine Bestreitung des Klagerechts bedeutet. Die confessio in judicio ist aber nichts anderes als das Zugeben einzelner vom Gegner behaupteten Thatsachen oder einzelner Rechtswirkungen, und es kann ungeachtet einer solchen Einräumung der Anspruch des Gegners dennoch bestritten werden. Der Beklagte kann z. B. alle Thatsachen der Klage zugestehen, was man jetzt eine affirmative Litiskontestation oder Einlassung auf die Klagethatsachen nennt, und dennoch die gegenwärtige Existenz des Klagerechts bestreiten, indem er behauptet, dasselbe sei erloschen.

Bei der confessio in jure ist ein Streit gar nicht vorhanden und daher auch strenge genommen ein Urtheil nicht nothwendig, weil dieses Urtheil nur das wiederholen könnte, worüber beide Parteien einig sind. Bekanntlich ist nach römischem Rechte in diesem Falle auch ein Urtheil nicht gegeben, sondern die confessio in jure dem Urtheile an Kraft gleichgestellt worden. Confessus in jure pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur l. 1. D. de Confessis.

Hiernach verstand es sich auch ganz von selbst, daß der Confessus nicht appelliren konnte, denn er hätte gegen seine eigene Sentenz appelliren müssen. Nur die Restitution und Anfechtung

Digitized by Google

stand ihm offen, wie gegen jede andre Willenserklärung, falls Gründe dazu vorhanden waren.

Als es später und namentlich in der deutschen Praxis üblich wurde, daß der Richter im Fall einer solchen Anerkennung des Klagerechts dennoch ein Erkenntniß gab oder wenigstens einen unbedingten Befehl erließ, damit solcher der Exekution als Grundlage dienen konnte, ließ man zwar konsequenter Weise auch eine Appellation zu, allein diese konnte nur damit begründet werden, daß man das rechtliche Vorhandensein der confessio, also die Grundlage des richterlichen Urtheils bestritt; Einreden gegen die Klage aber konnten nicht vorgebracht werden, denn jede neue Behauptung, welche das Klagrecht als nicht vorhanden darstellen sollte, würde von selbst einen Widerruf der Anerkennung des Klagerechts in sich enthalten und ein solcher Widerruf könnte nicht in zweiter Instanz geltend gemacht werden. Die Regel: confessus in jure non appellat, war daher in ähnlichem Sinne aufzufassen, wie nach unserer Prozeßordnung die Regel: contumax non appellat aufzufassen ist, d. h. die Appellation findet nur aus gewissen Gründen statt.

Aus dem §. 373 der Pr.=O. ergibt sich nun, daß bei Ansprüchen, die nicht streitig sind, wo also eine Anerkennung des Beklagten vorliegt, kein Urtheil, sondern nur ein Zahlungsbefehl ergehen soll, was auch nach gemeinem Rechte häufig geschah. Wenn aber dennoch ein Urtheil ergeht, oder vielmehr die anerkannte Verbindlichkeit in Urtheilsform vom Richter ausgesprochen wird, was im vorliegenden Falle dem Gantprozesse angemessen war, so folgt daraus keineswegs, daß nunmehr der Appellation mit der Wirkung Eingang verschafft ist, daß der Appellant durch beliebige Neuheiten die vorher zugestandene Existenz des Klagerechts in Abrede ziehen kann. Die Confessio in jure enthält einen Verzicht auf alle Einreden, und so lange dieser Verzicht als rechtlich vorhanden zugegeben werden muß, hat er doch mindestens dieselbe Wirkung, wie wenn die Einreden durch ein Versäumungserkenntniß verloren wären.

Es muß dasjenige seine Anwendung finden, was unsere Pr.=O.

Digitized by Google

auch über das Zugeständniß einzelner Thatsachen festgesetzt hat. Wie diese Geständnisse, zumal von demjenigen, der sie selbst abgelegt hat, nicht beliebig zurückgenommen und Widersprüche an deren Stelle gesetzt werden können, sondern nur unter der Voraussetzung des Beweises eines Irrthums ihre Wirksamkeit verlieren, so muß auch bei einer vorhandenen Anerkennung des Klagerechts in seinem ganzen Umfange vorerst diese Anerkennung auf geeignetem Wege beseitiget sein, ehe man Behauptungen aufstellen darf, die mit der Anerkennung im directen Widerspruche stehen und daher eine Zurücknahme derselben enthalten. Zudem ist es auch ganz gegen den Begriff eines Rechtsmittels, daß man sich gegen ein Urtheil beschwert, das nur eine Wiederholung dessen enthält, was der Appellant selbst gewollt und erklärt hat. Es ist ferner gegen die rechtliche Bedeutung des Instanzenverhältnisses, daß man in zweiter Instanz einen Streit anfängt, wo in erster Instanz ein solcher noch gar nicht existirt hat.

Die Majorität des Gerichtshofes beschloß, von diesem Entscheidungsgrunde Umgang zu nehmen, da die Bestätigung auch aus materiellen Gründen gerechtfertiget sei. In einem ähnlichen Falle hat das Hofgericht des Oberrheinkreises nach obiger Ansicht erkannt. R.

Digitized by Google

VI.

A. Landrechtssatz 1597.
B. Umfang der Rechtskraft.
C. Früchtenersatz. Retentionsrecht.
D. Aktiv- und Passivlegitimation bei Theilungsklagen.
E. Zuläßigkeit einer Wiederklage in II^ter^ Instanz.

(Rindeschwender gegen Asmut, Asmut gegen Rindeschwender.)

Einleitung. Prozeßgeschichte.

Die Grundherrschaft Neuweiher befand sich im Jahre 1836 im unabgetheilten Miteigenthum der Gräflich von Kesselstattischen Familie, der Freifrau von Fechenbach-Sommerau und der Ehefrau des v. Asmut, geb. v. Fechenbach-Sommerau. Diese Gemeinschaft bewährte seit ihrem Bestehen den Satz „communio est mater rixarum" in auffallender Weise und bildete eine sehr reichhaltige Quelle von Prozessen. Die Zweckmäßigkeit erfordert, den Entscheidungen, deren Inhalt hier mitgetheilt werden soll, eine allgemeine Uebersicht des Ganges der betreffenden Rechtsstreitigkeiten voranzuschicken. Zugleich wird auf den im 6. B. dieser Jahrbücher (neue Folge S. 346) enthaltenen Rechtsfall aufmerksam gemacht, dessen Inhalt kurz folgender ist:

Die vorhin erwähnte Frau v. Asmut hatte einen Theil ihres Miteigenthums gekauft und war mit dem Kaufpreis im Rückstande geblieben. J. Rindeschwender, O.-G.-Adv. bei dem mittelrheinischen Hofgericht, in dessen Bezirk Neuweiher liegt, hatte sich die

Kaufschillingsforderung an Frau v. Asmut von dem Verkäufer am 19. Mai 1837 abtreten lassen, und klagte nunmehr in eigenem Namen auf Auflösung des Verkaufes und Rückgabe des Kaufobjects wegen Nichterfüllung. Er wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 13. Februar 1841 mit seiner Klage abgewiesen, weil diesem Erwerbe das Verbot des Satzes 1597 entgegenstehe. Inzwischen, nämlich am 23. Januar 1838, hatte Rindeschwender, welcher bei den aus der Gemeinschaft entstandenen Prozessen die Partei der Kesselstattischen Familie als Anwalt vertrat, auch den ideellen Antheil dieser seiner Clientschaft an sich gekauft, und dieser Kauf war es, der zu den folgenden Prozessen Veranlassung gab.

I. Schon am 17. Mai 1836 hatte Adv. Rindeschwender, als Kesselstattischer Anwalt, gegen die anderen Miteigenthümer der Grundherrschaft

1. eine Theilungsklage erhoben, deren Begehren dahin gieng:

> die Grundherrschaft Neuweiher im Wege gerichtlicher Versteigerung (unter Zugrundlegung der in der Klage näher angegebenen Bedingungen) unter die Miteigenthümer zu theilen und dem Kläger als seinen Antheil daran 1853/4620 des Erlöses aus der Versteigerung zuzusprechen.

Im Eingange dieser Klage wird bemerkt, daß die Grundherrschaft Neuweiher, wie dem Collegio aus vielen und mannigfaltigen Prozessen wohl bekannt, Eigenthum des Klägers und der Beklagten sei. Dieses Rechtsverhältniß habe schon mannigfache Prozesse erzeugt, und werde voraussichtlich noch manche weitere erzeugen. Um diesen vorzubeugen, werde die Theilungsklage erhoben.

2. Nach gepflogener Verhandlung bis zur Replik ergieng am 25. August 1837

a. in Bezug auf die Mitbeklagte Freifrau v. Fechenbach ein Versäumungserkenntniß, welches diese Beklagte nach dem Antrag des Klägers verurtheilte,

b. in Bezug auf die andere Beklagte ein Beweiserkenntniß, wornach Kläger die Untheilbarkeit des Gutes beweisen sollte.

Digitized by Google

3. Mit der Beweisantretung erklärte Adv. Rindeschwender, daß er den Antheil seines bisherigen Clienten von diesem gekauft habe und nach dem Inhalt dieses Kaufvertrages als Hauptintervenient in alle Prozesse eintrete, welche die Asmutsche Ehefrau gegen den Kesselstattischen Stamm erhebe, und daß dieses namentlich auch hinsichtlich der Theilungsklage der Fall sei; Er bitte daher, ihn sowohl rücksichtlich der bereits anhängigen als der künftig noch anhängig werdenden auf die Grundherrschaft Neuweiher sich beziehenden Prozesse insbesondere dem Rath Asmut gegenüber als legitimirt zu erachten und alle Verfügungen unmittelbar an ihn selbst zu erlassen.

4. In der Vernehmlassung des Beklagten wurde gegen das Eintreten in die Kesselstattischen Prozesse eingewendet, daß der Kauf des Adv. Rindeschwender nach L.R.S. 1597 nichtig sei, hinsichtlich der Hauptsache aber erklärt, daß man die Untheilbarkeit der Grundherrschaft anerkenne und in die Versteigerung derselben nebst Zugehörden einwillige.

5. Der Gerichtshof sah hierdurch den Rechtsstreit als erlediget an; nicht so Advokat Rindeschwender, welcher folgende Anträge stellte:

> auf seinen Namen oder eventuell auf den unbestimmten Namen des Klägers, den in der Klage erbetenen Ausspruch zu ertheilen, den Zwischenstreit über seine Legitimation fortzusetzen und ihn für legitimirt zu erklären.

6. Da das Hofgericht auf diesen Antrag nicht eingieng, so führte Advokat Rindeschwender Beschwerde beim Oberhofgericht und erwirkte hier am 8. Januar 1840 die Verfügung:

> Das Hofgericht sei anzuweisen, auf das Gesuch des Klägers noch über die Aktivlegitimation des Adv. Rindeschwender zur Sache, über die Betheiligung des Klägers an der Grundherrschaft und die Bedingnisse der Versteigerung zu verfügen, beziehungsweise Erkenntniß zu geben.

7. Nach weiter gepflogenen Verhandlungen erließ das Hofgericht auf den Grund des Verbots des L.R.S. 1597 folgendes Erkenntniß:

Digitized by Google

„daß der als Rechtsfolger des Gräflich von Kesselstattischen Stammes aufgetretene Adv. Rindeschwender zur Fortsetzung des gegenwärtigen Rechtsstreites in eigenem Namen für nicht legitimirt zu erachten und in sämmtliche Prozeßkosten, welche seit Uebergabe seiner Beweisantretung entstanden sind, zu verfällen sei.“

8. Gegen dieses Urtheil ergriff Rindeschwender die Berufung an das Oberhofgericht, wo jedoch das hofgerichtliche Urtheil unterm 7. Januar 1842 auf denselben Grund hin bestätiget wurde.

Nach diesem ersten Prozesse begann jedoch

II. ein weiterer Rechtsstreit zwischen Rindeschwender und Asmut, welcher nicht nur eine wiederholte Klage von Seiten Rindeschwenders gegen Asmut, sondern auch eine Wiederklage des letzteren gegen jenen zum Gegenstand hatte. Es hat nämlich:

1. Rindeschwender im Mai 1843 bei dem mittelrheinischen Hofgericht in eigenem Namen eine zweite Theilungsklage wegen Theilung der Grundherrschaft Neuweiher erhoben und solche gegen Asmut allein gerichtet; dieser Gerichtshof hat jedoch, weil die Klage nicht gegen alle Miteigenthümer angestellt und die Art der Theilung nicht angegeben war, die Ladung in der Formel „die Klage findet nicht statt“ versagt.

2. Hiegegen wurde von Rindeschwender die Appellation an das Oberhofgericht ergriffen, welches die formellen Bedenken der vorderen Instanz als ungegründet erachtete und am 14. Sept. 1843 Ladung auf die Klage erkannte.

3. Die Vernehmlassung auf diese Klage setzt derselben

a. die Einrede der entschiedenen Sache auf den Grund der unter I. 7 und 8 erwähnten Urtheile entgegen, und suchte

b. abgesehen hievon die Ungültigkeit des klägerischen Erwerbtitels auf den Grund des Satzes 1597 nachzuweisen.

Damit wurde aber

4. eine Wiederklage verbunden, deren Zweck dahin gieng, daß Rindeschwender verurtheilt werden solle, die von dem Kesselstattischen Stamme gekauften Antheile an der Grundherrschaft

Digitized by Google

nebst den gezogenen und vernachläßigten Früchten an den Wiederkläger gegen Erstattung des Kaufpreises, soweit dieser bezahlt sei, herauszugeben. Es wurde nämlich vom Wiederkläger ein Vertrag vom 25. Juli 1842 vorgelegt, nach welchem die Inhaber des Kesselstattischen Antheils, weil der Verkauf an Rindeschwender von den Gerichten für ungültig erklärt worden sei, alle ihre Rechte an der Grundherrschaft und alle ihre Klagen gegen Rindeschwender an Asmut abgetreten haben, und auf diese Abtretung hin wurde

a. der Rindeschwendersche Kauf als verboten und darum nichtig angefochten, der Wiederbeklagte als bösgläubiger Besitzer bezeichnet und wegen dieser Nichtigkeit das schon erwähnte Begehren gestellt. Hiemit wurde eventuell

b. eine Auflösungsklage auf den Grund der S. 1184 u. 1650 verbunden, weil Rindeschwender mit Bezahlung der Hälfte des Kaufpreises im Verzug geblieben sei.

5. Unterm 29. Dezember 1843 wurde diese Einredeschrift und Wiederklage zur Replik beziehungsweise Vernehmlassung hinausgegeben, und in dem von Rindeschwender hierauf eingereichten Schriftsatze wird die Einrede der entschiedenen Sache, sowie die behauptete Nichtigkeit zu widerlegen versucht und in Bezug auf die Wiederklage die prozeßhindernde Einrede vorgebracht, daß solche nicht in zweiter Instanz erhoben werden könne und daher vor dem unzuständigen Richter angebracht worden sei.

6. Die Prozesse wurden nun zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt und am 5. März 1845 vom Oberhofgericht

a. die Vorklage auf Theilung, auf den Grund der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache abgewiesen.

b. Hinsichtlich der Wiederklage wurde die Einrede der Inkompetenz verworfen und den Wiederbeklagten die Einlassung auf die Klage aufgegeben.

7. Nach der am 21. Juli 1845 eingekommenen Vernehmlassung auf die Wiederklage vom 20. Dez. 1843 und nach weiter gewechselten Schriftsätzen fand am 21. und 22. Januar 1847

Digitized by Google

die mündliche Verhandlung statt, und es erfolgte daraufhin unterm 30. Januar 1847 eine Auflage an den Wiederkläger, welche die Vorlage von Urkunden zur näheren Nachweisung des zwischen dem Wiederkläger und dem Kesselstattischen Stamme stattgehabten Vertrages, somit die Legitimation des Wiederklägers zum Gegenstand hatte.

8. Am Schlusse der hierüber gepflogenen Verhandlungen wurde die Sache abermals zur mündlichen Rechtsausführung ausgesetzt, solche auf den 9. Dez. 1847 anberaumt und sodann vom Oberhofgericht zu Recht erkannt:

> Der Wiederbeklagte sei schuldig, den von ihm erkauften Antheil des Gräflich von Kesselstattischen Stammes an der Grundherrschaft Neuweiher, mit Ausnahme der zum Nachlasse des Grafen Karl von Kesselstatt gehörigen Quote, mit allen daraus seit dem 23. Januar 1838 bezogenen Früchten, vorbehaltlich deren Liquidation, der Wiederklägerin herauszugeben, die Hauptsache jedoch nur gegen Ersatz des vom Wiederbeklagten dem Kesselstattischen Stamme bereits bezahlten Kaufschillings, die Früchte nur gegen Vergütung oder Abzug von 4 pCt. Zinsen des vom Wiederbeklagten an den Kesselstattischen Stamm bezahlten Kaufschillings, vom Tage dieser Zahlung an. Die weiteren Anträge beider Parteien werden verworfen. Die Kosten hat der Wiederbeklagte allein zu tragen.

Die verschiedenen in diesen Prozessen erörterten Rechtsfragen betreffen nun

A. die Auslegung und Anwendung des L.R.S. 1597.

Diese kam sowohl in der Vorklage als in der Wiederklagsache zur Sprache und in der Zwischenzeit von Erlassung des Urtheils über die Vorklage bis zur Entscheidung der Wiederklage, sind mehrere Gutachten von Rechtsgelehrten zu Gunsten Rindeschwenders vorgelegt worden, so namentlich ein Gutachten des Geh.

Digitized by Google

Hofraths und Professors Dr. von **Vangerow** in Heidelberg und des Hofraths und Professors Dr. **Maier** in Freiburg.

Damit man die Gründe pro et contra, wie sie bei der letzten Deliberation abgewogen wurden, genau vor Augen habe, theilen wir nebst den oberhofgerichtlichen Gründen auch jene Gutachten mit, müssen aber die §§. 8 — 12 aus dem Rindeschwenderschen Kaufe wörtlich voranschicken.

Diese Vertragsbedingungen lauten nämlich:

§. 8.

„Dagegen übernimmt auch der Herr Käufer von Heute an sämmtliche auf der Grundherrschaft Neuweiher ruhenden Grundlasten, sowie sämmtliche damit zusammenhängende und aus der Verwaltung in Neuweiher und der Administration in Würzburg entstandenen persönlichen Verbindlichkeiten in der Art, daß er davon den Herrn Verkäufer befreit, der in keiner Weise für eine solche, aus der grundherrschaftlichen Verwaltung entstandene und damit zusammenhängende Verbindlichkeit solle belangt werden können oder dürfen.

Namentlich übernimmt der Herr Käufer sämmtliche von Heute, als dem Tage des Abschlusses des Vertrags, noch ausstehenden laufenden Administrationsschulden gegen die herrschaftlichen Rebleute und sämmtliche Handwerker. Es versteht sich übrigens von selbst, daß hierher keine Schulden oder Verbindlichkeiten gezählt werden, welche den Gräflich von Kesselstattischen Stamm und dessen einzelne Glieder etwa persönlich berühren oder solche, welche der Freiherr Philipp Franz v. Knebell oder dessen Erben kontrahirt haben sollten.

Dagegen übernimmt ferner der Herr Käufer sämmtliche Prozesse, die sich aus der Verwaltung der Grundherrschaft Neuweiher ableiten oder welche aus Verbindlichkeiten entspringen, die auf dem Gute ruhen und gegen dritte Nichttheilhaber dieser Grundherrschaft geführt werden, in dermaligem Stand auf seine Gefahr und Kosten pro rata des erkauften Antheils, und wird deßfalls bei den betreffenden Gerichten alsbald die geeignete Anzeige machen."

Digitized by Google

§. 9.

„Der Herr Käufer übernimmt weiters die alleinige Vertretung des Gräflich von Kesselstattischen Stammes, der hier als Verkäufer auftritt, rücksichtlich der schon formirten oder künftig erhoben werdenden Ansprüche der Frau Sophie Asmut, geborne Freiin von Fechenbach-Sommerau, verehelicht an den Departements-Sekretair Asmut in Steinbach, welche Ansprüche sich auf den Grund des Genusses und der Verwaltung der Grundherrschaft Neuweiher beziehen, auf seine Gefahr und Kosten in der Art, z. B.

1. daß er für seine alleinige Rechnung eine etwaige Klage gegen den Gräflich von Kesselstattischen Stamm auf Rechnungsstellung über die bisherige Verwaltung der Grundherrschaft Neuweiher und den Bezug der Revenüen entweder gerichtlich bekämpft oder

2. daß er solche Rechnung stellt oder stellen läßt,

3. daß er jeden Entschädigungsanspruch von jeder Art und jeder Größe an Frau Asmut abtilge, den sie an den Gräflich von Kesselstattischen Stamm aus solch gestellter Rechnung oder deßhalb herzuleiten im Stande ist, weil die Grundherrschaft Neuweiher aus Verschulden gedachten von Kesselstattischen Stammes nicht gehörig verwaltet worden wäre, insbesondere auch Grundstücke davon verkauft worden sein sollten, oder weil die Asmutsche Ehefrau von der Verwaltung ausgeschlossen ward, oder weil sie für ihren und den verkauften von Bechtolsheimschen Antheil an den Revenüen gar nichts oder aber doch zu wenig erhalten hat und nachweisen kann, daß solcher dem Gräflich von Kesselstattischen Stamme aufgeliefert worden ist, oder weil sie deßhalb schon irgend gerichtliche Erkenntnisse zu ihren Gunsten erwirkt hätte.

Der Käufer wird deßhalb in jeden Rechtsstreit, den die Asmut'sche Ehefrau aus eben gedachten Gründen gegen den Gräflich von Kesselstattischen Stamm erhebt, als Hauptintervenient eintreten, den Prozeß für sich auf seinen Beutel bis zur Entscheidung in letzter Instanz fortführen, und an der Stelle des von Kesselstattischen Stammes aus seinem Vermögen den rechtskräftig ergehenden Urtheilen der Gerichte Genüge thun oder Entschädigung leisten."

§. 10.

„Während auf diese Art und Weise der Herr Käufer die mit ihm kontrahirende Gräflich von Kesselstattische Familie gegen jeden Anspruch, den die Asmut'sche Ehefrau wegen der Verwaltung und des Genusses der Grundherrschaft Neuweiher an sie je zu erheben gedächte, durchaus sicher stellt, und activ und passiv ins Mittel tritt; so sichert auf der andern Seite der Herr Verkäufer für sich und seine Mandanten bei adelichen Worten und Ehren, dem Herrn Käufer neben der Aufrechthaltung dieses Vertrags nach Geist und Wort, jede ihm mögliche Auskunft und je Mittheilung besitzender Aktenstücke zu, die geeignet sein könnten, die Ansprüche der Frau Asmut niederzuschlagen oder zu ermüßigen, oder überhaupt zum Vortheil des Herrn Käufers ins Klare zu stellen, sowie der Herr Verkäufer sich willig der Beischaffung der Urkunden und Beweisdocumente unterzieht, die dem Herrn Käufer etwa nöthig sind, um sich als Eigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher in Bezug auf den Gräflich von Kesselstattischen Antheil darzustellen, wenn solche gehörig bezeichnet sein werden, insofern deren Beischaffung dem Herrn Grafen Edmund von Kesselstatt nur immer möglich ist."

§. 11.

„Die noch zu bezahlenden Kosten jener Prozesse, welche die Asmut'sche Ehefrau gegen den Gräflich von Kesselstattischen Stamm allein oder in Verbindung mit der Frau von Fechenbach-Sommerau und resp. Frhr. v. Bechtolsheim rücksichtlich der Grundherrschaft Neuweiher geführt hat und noch führt, die Prozesse mögen definitiv entschieden oder noch im Laufe sein, berühren in Bezug auf den von Kesselstattischen Stamm allein den Herrn Käufer.

Die gleiche Bedingung wird auch rücksichtlich der gegen Asmut und die Frau von Fechenbach von Seiten des Herrn Edmund Grafen von Kesselstatt erhobenen Theilungsklage gestellt, und dem Herrn Käufer freigegeben, sie als von Heute an beim Gerichte für niedergeschlagen zu erklären oder sie für seine Rechnung mit Rechten und Lasten aufzunehmen und fortzusetzen."

Digitized by Google

§. 12.

„Da bisher die Revenüen der Grundherrschaft Neuweiher unter dem Gräflich von Kesselstattischen Stamm, der Frau von Fechenbach-Sommerau und dem Freiherrn von Bechtolsheim zu drei gleichen Theilen vertheilt wurden, während doch der erstere Stamm eine weit größere Quote, als jede der beiden Letztern zu beziehen hatte, so überläßt der Herr Verkäufer an den Herrn Käufer eigenthümlich diese ihm von den beiden andern Theilhabern gebührende Nach- oder Rückvergütung und ermächtigt ihn, sie für seine, des Herrn Käufers Rechnung, und auf seine Gefahr und Kosten auf jede mögliche Art in Rechten geltend zu machen.

Er wird — ohne jedoch für die veritas oder bonitas dieser Anforderung zu haften — erforderlichen Falls jede nöthige Urkunde hierwegen ausstellen und die ihm zu Gebot stehenden Behelfe und Auskünfte willig ertheilen."

Hiernächst folgen

1. die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 7. Januar 1842.

I. Die aus mehreren Gliedern bestehende gräfliche Familie von Kesselstatt, sodann die Freifrau von Fechenbach und die Ehefrau des Raths Asmut waren Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher, jedoch nicht zu gleichen Theilen. Nachdem Graf Edmund von Kesselstatt am 1. Mai 1836 gegen die genannten beiden Frauen eine nachher näher zu erörternde Klage auf Theilung des Miteigenthums erhoben hatte, welcher Klage nur die Ehefrau des Raths Asmut entgegen getreten war, beabsichtigte Hofgerichtsadvokat Rindeschwender in Rastatt in den Rechtsstreit, an der Stelle des Klägers, einzutreten. Er leitet die Befugniß hiezu nicht aus einem von dem Verhältnisse des ursprünglichen Klägers zur Beklagten unabhängigen Titel ab, sondern behauptet, daß nach Beginn des erwähnten Prozesses die Rechte des ursprünglichen Klägers von diesem auf ihn, durch ein zwischen ihnen abgeschlossenes Rechtsgeschäft übergegangen seien.

Digitized by Google

In einem Falle dieser Art ist der Rechtsfolger, mag er diese Eigenschaft aus einem titulus universalis oder singularis ableiten, bezüglich auf die Person seines Rechtsvorfahren und dessen Gegner in einem anhängigen Rechtsstreite, keinen Falls als Dritter anzusehen, sondern er repräsentirt lediglich die Person seines Vorfahren. Er hat den Rechtsstreit im nämlichen Stadium zu übernehmen, in welchem ihn der Vorfahrer verläßt, dessen Geständnisse und Versäumnisse 2c. sind gegen ihn wirksam u. dgl. mehr. Daraus ergiebt sich von selbst, daß die von Adv. Rindeschwender bei Anzeige seines Eintritts sowohl, als später aufgestellte Behauptung: „er trete als Hauptintervenient auf" unrichtig ist. Es widerstreitet ohnehin der ganze Inhalt derjenigen Eingabe, mittelst welcher Rindeschwender seine Einmischung erklärte, der rechtlichen Natur einer Hauptintervention. Er hat in jener Eingabe nämlich

1. die ursprüngliche Beklagte als seine Gegnerin gewählt, während nach den von der Badischen Prozeßordnung vollständig beibehaltenen gemeinrechtlichen Grundsätzen

Pr.-O. §. 100 ff. Motive hiezu S. 6. O.G.O. §. 119 ff.
Martin Civilprozeß 7. Aufl. §. 292 ff.

die Hauptintervention da, wo nicht beide frühere Streitende bekämpft werden sollen, (was hier bei einer Theilungsklage deßhalb nicht der Fall wäre, weil der angebliche Intervenient selbst theilen will) gegen diejenige der ursprünglichen Parthien gerichtet werden müßte, deren Rechte der Intervenient anspricht, und welche Parthie nach Intention des Intervenienten vom Streite abtreten soll. Diese Parthie wäre aber im vorliegenden Falle der Kläger, Graf von Kesselstatt, gewesen.

Eben so wenig entspricht die betreffende Eingabe

2. dem Begriffe einer Klage, nach deren Erfordernissen doch die Hauptintervention eingerichtet werden muß (Pr.-O. §. 101), denn sie enthält außer einer Erörterung der Sachlegitimation des Adv. Rindeschwender im Wesentlichen nur die Antretung eines Beweises, welcher dem ursprünglichen Kläger auferlegt und von ihm noch nicht angetreten war, somit nicht die Einleitung eines

Digitized by Google

neuen Rechtsstreits, sondern die Fortsetzung eines noch nicht beendeten Prozesses in seinem damaligen Stande.

Die Einmischung des Adv. Rindeschwender kann selbst nicht einmal als Neben-Intervention angesehen werden, da jener, wie schon bemerkt, nicht als Dritter im rechtlichen Sinne erscheint und nicht als solcher an einen der früher streitenden Theile sich anschloß.

II. Betrachtet man nun den Adv. Rindeschwender lediglich als Rechtsfolger des ursprünglichen Klägers, so liegt ihm in fraglicher Eigenschaft der Nachweis seiner Activlegitimation ob.

Er berief sich hierwegen auf einen am 23. Januar 1838 mit der gräflich von Kesselstattischen Familie abgeschlossenen Vertrag, wornach er den Antheil jenes Stammes an der Grundherrschaft Neuweiher mit allen darauf ruhenden Rechten und Lasten eigenthümlich gekauft habe, und er führte, bezüglich auf die Fortsetzung des in Frage stehenden Prozesses selbst, in seiner Eingabe vom 15. Juli 1838 an:

> „Nach §. 9 der Urkunde über jenen Verkauf trete er in alle Prozesse ein, die die Beklagte gegen von Kesselstatt erhebe, und §. 10 besage wörtlich:
>
> > „„die gleiche Bedingung wird auch rücksichtlich der gegen die Asmut'sche Ehefrau und Freifrau von Fechenbach von Seiten des Grafen Edmund von Kesselstatt erhobenen Theilungsklage gestellt und dem Käufer freigegeben, sie bei den Gerichten für niedergeschlagen zu erklären, oder für seine eigene Rechnung mit Rechten und Lasten aufzunehmen und fortzusetzen.““

Auf Mittheilung dieser Erklärung bestritt die Beklagte Rindeschwenders Legitimation zur Sache, weil die Uebertragung der fraglichen Rechte durch das Verbot des L.R.S. 1597 für unstatthaft und nichtig erklärt sei.

Diese Einrede ist vollkommen begründet:

1. L.R.S. 1597 spricht nämlich aus:

„Anwälte können keine Prozesse, keine streitigen Rechte

Digitized by Google

und Ansprüche übernehmen, die zum Erkenntniß jenes Gerichts gehören, in dessen Bezirke sie amtsberechtigt sind, bei Strafe der Nichtigkeit."

2. Daß dieses Verbot und die angedrohte Nichtigkeit auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruhen, und zum Schutze derer dienen sollen, denen gegenüber Rechte verfolgt werden, wurde schon früher in einem andern, zwischen Adv. Rindeschwender und der Beklagten anhängig gewesenen Rechtsstreite von diesseitigem Gerichtshofe anerkannt, worauf man hiermit verweißt.

Vergl. oberhofg. Jahrb. neue Folge VI. Jahrgang S. 346 ff.

3. Deßhalb und da Adv. Rindeschwender notorisch bei dem Hofgerichte in Rastatt, bei welchem Graf von Kesselstatt die obgedachte Theilungsklage gegen die Beklagte erhoben hatte, amtsberechtigt ist, könnte es nur darum sich handeln, ob Adv. Rindeschwender einen anhängigen Prozeß, ein streitiges Recht oder einen streitigen Anspruch mittels Kaufs an sich gebracht habe.

4. Schon nach dem von ihm selbst angerufenen §. 10 seines Kaufvertrags wurde ihm vom Verkäufer, Grafen v. Kesselstatt, ausdrücklich die Befugniß eingeräumt, den hier in Frage stehenden Prozeß in eigenem Namen und auf eigene Rechnung fortzusetzen. Da der mehrerwähnte L.R.S. den Anwälten ausdrücklich verbietet, irgend einen Prozeß sich zu Eigenthum übertragen zu lassen, welcher in dem Bezirke ihrer Amtsthätigkeit anhängig ist, weil das Gesetz unterstellt, daß durch Auftreten des Anwalts als persönlicher Gegner der Stand der andern Parthie verschlimmert würde, was abgewendet werden will, so ergiebt sich schon hieraus die Anwendbarkeit des gesetzlichen Verbots auf vorliegenden Fall.

Vergl. auch Zachariä franz. Civ. Recht 4. Aufl. B. 2. S. 402.

5. Geht man übrigens in das Detail des geführten Rechtsstreites selbst ein, so zeigt sich folgendes:

In der Klage des Grafen von Kesselstatt wurde, wenn man das auf die vorausgegangene Begründung gestützte Sachgesuch in seine einzelnen Theile zerlegt, begehrt,

Digitized by Google

a. daß die Grundherrschaft Neuweiher unter den Miteigenthümern getheilt werde,

b. daß, da eine Theilung im Stück nicht möglich sei, jene im Wege gerichtlicher Versteigerung geschehe,

c. daß bei der Versteigerung die im §. 6 der Klage vorgeschlagenen Bedingungen gesetzt, und

d. daß von dem Erlöse dem Kläger (oder nach späterer Modificirung des Petitums, dem gräflich von Kesselstattischen Stamme) als sein Antheil $^{1853}/_{4620}$ zugesprochen werden.

In der Vernehmlassung schützte die Beklagte verschiedene verzögerliche Einreden vor.

Zu a. bestritt sie die Zulässigkeit der Theilung überhaupt,

zu b. stellte sie in Abrede, daß eine Versteigerung nothwendig sei, weil die Grundherrschaft nicht unter die im Stücke untheilbaren Gegenstände gehöre,

zu c. beanstandete sie die vorgeschriebenen Bedingungen, proponirte eventuell andere Versteigerungsbedingungen,

zu d. endlich erklärte sie: „Es werde widersprochen, daß das Betreffniß der Theilhaber schon dahin fixirt sei, daß der Kläger für sich oder für den ganzen von Kesselstattischen Stamm $^{1853}/_{4620}$ zu fordern berechtigt sei."

Das Hauptgesuch war auf Abweisung der Klage gerichtet.

Nach Erhebung der Replik legte das Großh. Hofgericht am 25. August 1837 dem Kläger den Beweis darüber auf, daß die Grundherrschaft in der Art untheilbar sei, daß ihm der für sich und den von Kesselstattischen Stamm angesprochene Antheil nicht füglich im Stücke zugeschieden werden könne. —

Soweit war der Rechtsstreit vorgerückt, als Adv. Rindeschwender am 15. Juli 1838 erklärte:

„daß er von dem ihm durch den Vertrag mit dem Grafen von Kesselstatt eingeräumten Rechte, als Hauptintervenient aufzutreten, den uneingeschränkten Gebrauch mache und in den Theilungsstreit eintrete, resp. diesen Prozeß auf seine Gefahr und Kosten aufnehme und fortsetze."

Digitized by Google

Diese Erklärung ist wohl keiner doppelten Auslegung fähig, vielmehr ganz bestimmt dahin gerichtet, daß ein in vollem Gange befindlicher, von dem bisherigen Kläger seinem Anwalte abgetretener Rechtsstreit von dem Anwalte nunmehr auf eigene Rechnung übernommen werden wollte.

Damals war aber, nach dem Obigen, nicht blos die Zulässigkeit der begehrten Theilung überhaupt, sondern auch die vorgeschlagene Art der Vornahme der Theilung und überdies der Theilungsfuß, so weit er den Antheil des Klägers betraf, vor Gericht bestritten. In letzterer Beziehung bestand sonach insbesondere Widerspruch darüber, daß der Kläger bei der Theilung $^{1853}/_{4620}$ des Ganzen zu fordern habe. Hat nun Graf Kesselstatt dem Adv. Rindeschwender jene Quote der Grundherrschaft verkauft, so hat er demselben ein (wenigstens theilweise) bestrittenes Eigenthum verkauft und es wäre die Aufgabe des an Klägers Stelle getretenen Käufers gewesen, durch den anhängigen Rechtsstreit für sich den betreffenden Antheil zu erstreiten. Der Erwerb eines so bestrittenen und im Prozeß befangenen Eigenthumsrechts fällt aber, man mag dem Satz 1597 eine noch so beschränkende Auslegung geben, unter dessen Verbot.

Da die Beklagte unmittelbar auf obige Erklärung Rindeschwenders dessen Legitimation zur Uebernahme des Rechtsstreits bestritt und deßhalb schon damals eine richterliche Entscheidung über jenen Punkt, als präjudiciell für die weitere Rechtsverfolgung nothwendig wurde, diese Entscheidung auch nach dem damaligen Stande der Sache ohne Einleitung von Beweisverhandlungen möglich war, so hätte nach dem bisher Erörterten der hofgerichtliche Bescheid schon damals dahin erfolgen sollen, wie er später wirklich ergieng.

7. Nach Behauptung des Appellanten soll indessen die Sachlage vor Erlassung des hofgerichtlichen Urtheils über den Legitimationspunkt dadurch sich wesentlich verändert haben, daß die Beklagte und ihr Mann am 12. Mai 1839 die Erklärung abgaben:

„um dem Rechtsstreite in der Hauptsache wenigstens ein

Digitized by Google

Ende zu machen, erklären wir, daß wir die von dem Theilungskläger behauptete Untheilbarkeit der Grundherrschaft Neuweiher anerkennen und in die Versteigerung dieser Grundherrschaft nebst Zubehörde in ungetrennter Masse (en bloc) einwilligen."

Allein auch hierdurch ist hinsichtlich der Legitimation des Adv. Rindeschwender keine Aenderung eingetreten. Denn, abgesehen davon, daß die von der Beklagten behauptete Nichtigkeit zunächst nach der Zeit der Entstehung des betreffenden Rechtsgeschäfts in Betracht käme, und daß die Erklärung vom 12. Mai ohne Widerruf der vorher schon erhobenen Beanstandung der Rindeschwender'schen Legitimation abgegeben wurde, somit auf den hierwegen bestandenen besonderen Streit ohne Einfluß wäre, so wurden mit derselben nur die in dem oben angeführten Sachgesuche der Klage unter a. und b. erwähnten beiden ersten Streitpunkte beendet, und fiel damit die Nothwendigkeit der Führung des hierwegen vom Großh. Hofgerichte auferlegten Beweises durch den, dem er auferlegt worden war, hinweg; die weitern Anstände, welche die Beklagte gegen die Klage erhoben hatte, waren aber damit nicht erledigt und der Rechtsstreit selbst war nicht in der Art beendet, daß es eines Erkenntnisses nicht mehr bedurft hätte.

Nachdem ein von Adv. Rindeschwender bei dem Großh. Hofgerichte angebrachtes Gesuch um ein, dem Klagpetitum in allen seinen einzelnen (oben angeführten) Theilen genau entsprechendes Erkenntniß vom gedachten Gerichtshofe in der Unterstellung, daß mit der Erklärung vom 12. Mai der Streit beendet sei, für unstatthaft erklärt worden war und der jetzige Appellant selbst deßhalb Beschwerde dahier erhoben hatte, sprach der oberste Gerichtshof auch schon am 21. Dezember 1839 aus:

„daß die fragliche Erklärung der Beklagten nicht als Entsagung auf den von dem Grafen Kesselstatt begonnenen Rechtsstreit in seinem ganzen Umfang betrachtet werden könne, vielmehr noch ein Erkenntniß nothwendig sei,

a. über die Activ-Legitimation des Adv. Rindeschwender zur Sache,

Digitized by Google

b. über die Betheiligung des Klägers an der Grundherrschaft, und

c. die bei der Versteigerung zu setzenden Bedingungen,

und es wurde damals dem Hofgerichte aufgegeben, hierwegen Bescheid zu ertheilen.

Dieser Ansicht conform muß man auch jetzt namentlich noch annehmen, daß die Quote, welche der ursprüngliche Kläger bei Theilung der Grundherrschaft für sich und seinen Stamm angesprochen hatte, welche er dem Adv. Rindeschwender verkaufte und welche dieser noch jetzt gerichtlich verfolgt, bestritten, somit das Kaufobjekt selbst noch zur Zeit, theilweise wenigstens, eine streitige Sache sei.

Aus welchen Motiven Beklagte läugnete, daß dem Grafen von Kesselstattischen Stamm jene Quote gebühre, und ob sie recht oder unrecht hatte, eine verneinende Einlassung desfalls abzugeben, ist hier unerheblich. Soviel bleibt immer gewiß, daß zur Zeit des angeblichen Erwerbs des betreffenden Objekts durch Advokat Rindeschwender, und als er den Prozeß fortzusetzen begann, weder ein, der ursprünglich negativen Einlassung entgegenstehendes Zugeständniß der Beklagten in diesem Rechtsstreite, noch ein richterliches Urtheil vorlag, welches ihm die betreffende Quote, jenes Widerspruchs ungeachtet, zuerkannte.

Auf ähnliche Weise verhält es sich hinsichtlich der Versteigerungsbedingungen, welche nach dem Petitum der Klage (das auch später von Rindeschwender selbst und sogar noch in dieser Instanz erneuert wurde) der Versteigerung zu Grunde gelegt werden sollten, und deren Festsetzung, nachdem sie einmal vom Kläger mit in diesen Prozeß hereingezogen war, nach §. 370 der Pr.-O. durch richterliches Erkenntniß zu geschehen hatte und zwar um so mehr, als ein Einverständniß der Theilhaber, wie sich aus der Vernehmlassung ergiebt, nicht erzielt werden konnte, ein bloßer Ausspruch, daß die Versteigerung statt finde, aber in so lange zwecklos wäre, als nicht zugleich jene Bedingungen, von deren Beobachtung die dereinstige Genehmigung der Versteigerung selbst abhieng, ebenfalls festgesetzt waren.

Digitized by Google

7. Alle diese Umstände berechtigen den Gerichtshof, welcher bei Anwendung des Satzes 1597 sein Ermessen eintreten zu lassen hat, diesen Satz im gegenwärtigen Falle zum Nachtheile des Appellanten für maßgebend zu erachten und demgemäß das, auf den Grund der fehlenden Sachlegitimation ihn von Betreibung des durch den Grafen von Kesselstatt begonnenen Theilungsstreits zurückweisende hofgerichtliche Urtheil, unter Anerkennung der vom Großh. Hofgerichte ausgesprochenen Grundsätze, zu bestätigen, und demzufolge auch nach §. 169 der Pr.-O. den Appellanten in die Kosten dieser Instanz zu verfällen.

---

2. Gutachten des Geh. Hofraths v. Vangerow.

Dieses Gutachten ist, wie nicht anders zu erwarten, so vortrefflich ausgeführt, daß man dadurch leicht zu der darin vertheidigten Ansicht bestimmt werden kann, ehe man die entgegenstehenden Bedenken gehörig gewürdiget hat. Wir haben die Gesichtspunkte, welche man unseres Erachtens vorzüglich im Auge behalten muß, in einigen Noten kurz angedeutet, bemerken übrigens, daß für das oberhofgerichtliche Urtheil, welches auf einer abweichenden Ansicht beruht, vier Votanten, dagegen für Abweisung der Widerklage drei Votanten stimmten.

Das Gutachten lautet wörtlich, wie folgt:

Der Herr Hofgerichtsadvokat Rindeschwender hat den Unterzeichneten um ein rechtliches Gutachten über folgende Frage ersucht:

„ob der von ihm am 23. Januar 1838 mit dem Grafen „Edmund von Kesselstatt, als Vertreter des Kesselstatt'-„schen Stammes, abgeschlossene Kaufvertrag über einen „Theil der Grundherrschaft Neuweiher, unter den Satz „1597 des badischen Landrechts falle, und also für nichtig „erklärt werden müsse?"

Nach sorgfältiger Berücksichtigung aller bisher gepflogenen

Verhandlungen, wie sie in den mir mitgetheilten Manualakten des Herrn Quärenten enthalten sind, und nach gewissenhafter Erwägung und Prüfung der hier einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen bin ich zu der rechtlichen Ueberzeugung gelangt, daß jene Frage entschieden verneint werden muß, und der Landrechtssatz 1597 nach Wort und Geist desselben auf das hier in Frage stehende Geschäft in keinem Falle in Anwendung gebracht werden darf.

Die folgende Erörterung ist dazu bestimmt, die wesentlichen Gründe für diese rechtliche Ueberzeugung anzudeuten.

Da ich zu Männern rede, denen das Material dieses interessanten Rechtsstreites vollständig bekannt ist, so werde ich gerechtfertigt sein, wenn ich ohne Voraussendung einer Geschichtserzählung mich sogleich zur rechtlichen Begutachtung wende; und da ich zu Rechtsgelehrten spreche, die auf der Höhe der Wissenschaft stehen, so bedarf es bei dieser Begutachtung keiner ausführlichen Entwickelungen, sondern es genügen blose Andeutungen.

§. 1.

Die erschöpfende Beantwortung der vorgelegten Frage fordert die Trennung von zwei verschiedenen Gesichtspunkten.

Es waren nämlich zur Zeit des von dem Herrn Quärenten abgeschlossenen Kaufvertrags mehrfache Prozesse unter den Miteigenthümern der Grundherrschaft Neuweiher im Gang und der Kaufvertrag enthält spezielle Bestimmungen über die Art und Weise, wie der Käufer in Zukunft bei diesen Prozessen betheiligt sein soll. Es scheint passend, zunächst von diesen besonderen vertragsmäßigen Bestimmungen ganz abzusehen, und die Frage zu beantworten:

> ob nicht das Kaufobjekt schon an und für sich, wegen der mancherlei zur Zeit des Kaufcontrakts darüber anhängigen Prozesse als ein streitiges Recht anzusehen und deßhalb der Satz 1597 in Anwendung gebracht werden müsse?

Sollte diese Frage verneint werden müssen, sollte sich also herausstellen, daß Advokat Rindeschwender ungeachtet dieser

Digitized by Google

anhängigen Prozesse doch kein streitiges Recht gekauft habe, so entsteht dann noch die zweite Frage:

ob nicht die besondern Bestimmungen, welche in den §§. 8—11 des Kaufvertrags über jene anhängigen Prozesse getroffen worden sind, die Anwendung des Satzes 1597 rechtfertigen und der Kaufvertrag wegen dieser besondern Bestimmungen für nichtig erklärt werden müsse?

Unsere nächste Aufgabe ist es hiernach, zu untersuchen, ob Advokat Rindeschwender ein streitiges Recht im Sinne des Satzes 1597 des badischen Landrechts gekauft habe?

§. 2.

Der Satz 1597 des badischen Landrechts lautet so:

„die Richter und ihre Stellvertreter, die Kronanwälte und „ihre Stellvertreter, die Gerichtsschreiber, Polizeibeamten, „Anwälte, Rechtspraktikanten und Staatsschreiber können „keine Prozesse, keine streitigen Rechte und An„sprüche übernehmen, die zur Erkenntniß jenes Gerichts „gehören, in dessen Bezirk sie amtsberechtigt sind, bei Strafe „der Richtigkeit, auch des Ersatzes aller Kosten und Schäden."

und im Code Napoléon lauten die betreffenden Worte so:

„— — *ne peuvent devenir cessionaires des procès*, „*droits et actions litigieux*, qui sont de la competence „du tribunal dans le ressort du quel ils exercent leurs „fonctions — —"

Was ist nun hier unter „streitigen Rechten droits litigieux" zu verstehen?

Meines Erachtens sind es drei Momente, die für den Begriff eines streitigen Rechts als wesentlich angesehen werden müssen.

I. Damit ein streitiges Recht im juristischen Sinne des Wortes vorhanden sei, ist vor allen Dingen ein bereits begonnener gerichtlicher Rechtsstreit erforderlich. Allerdings ist dieses nicht selten geläugnet und dagegen die Behauptung aufgestellt worden, daß auch schon ein außergerichtlicher Streit hinreiche, um ein droit litigieux im Sinne des Art. 1597 zu begründen;

Digitized by Google

Vergl. Annalen der Großh. bad. Gerichte Jahrg. XI. (1843) S. 33 ff. und die dort Angef.

aber es fehlt dieser Behauptung so sehr an aller Begründung, daß ich mich kaum überreden kann, daß ein badischer Gerichtshof den Art. 1597 jemals in dieser exorbitanten Weise interpretirt hat oder interpretiren wird. Es kommen hier hauptsächlich folgende Punkte in Betracht:

1) Es ist bekannt, daß das Wort *litigiosum* in der römischen Rechtssprache (Dig. XLIV. 6. Cod. VIII. 37. *de litigiosis*) die ganz feste und unwandelbare Bedeutung hat, daß etwas in einen Prozeß, in einen gerichtlichen Rechtsstreit verwickelt ist. So heißt es z. B. in dem Frag. vet. sctc. de jure fisci n. 8:

„Res autem litigiosa videtur, *de qua apud suum judicem* „*quæstio delata est.*“

und Justinian in Nov. 112, cap. 1 sagt:

„Ideoque sancimus, litigiosam dici et intelligi rem mo- „bilem et immobilem seseque moventem, de cujus do- „minio causa inter petitorem et possidentem movetur, „aut *per judiciariam conventionem*, aut per preces prin- „cipi oblatas et *insinuatas judici*, ac per eum adversario „interpellatoris cognitas.“

Res litigiosa ist also hier im Wesentlichen identisch mit res in judicium deducta und es gilt die Regel, daß die litigiositæt durch die litiscontestatio herbeigeführt wurde. Vergl. z. B. L. 13 D. Fam. herc. (10, 2) L. 1. §. 1. D. de litig. (44, 6) u. a. m.

Diese völlig fixirte römischrechtliche Bedeutung von litigiosum ist nun auch seit der Zeit der Glossatoren in die moderne Rechtssprache der europäischen Völker übergegangen und namentlich wurde in Frankreich der Ausdruck „droit litigieux“ oder „chose litigieuse“ als juristischer Ausdruck niemals in einem andern, als dem römischrechtlichen Sinne genommen. Erwägt man nun, wie eng sich überall der Code Napoléon an die frühere jurisprudence anschließt, wie sorgfältig namentlich die juristischen Kunstwörter in dem Sinne, in dem sie in der Doktrin eingebürgert waren, beibehalten wurden, — so kann es keinen Augenblick

Digitized by Google

zweifelhaft sein, daß auch der Ausdruck „droit litigieux“ in unserem Artikel nur in dem Sinne genommen sein kann, in welchem allein ihn die damalige Doktrin gebrauchte. Nur wer, wie leider! so viele neuere französische Juristen, seine ganze Jurisprudenz allein und ausschließlich aus dem Code schöpft; wer gewaltsamer und frivoler Weise das Recht des Code von dem Rechte aus der Doktrin der frühern Zeiten, namentlich von der römischrechtlichen Doktrin losreißt, und es wie eine Originalschöpfung behandelt, die völlig genügend aus sich selbst erklärt werden könne, — nur der kann allenfalls auf den Einfall kommen, unter einem droit litigieux jedes Recht zu verstehen, dem irgend ein gerichtlicher oder außergerichtlicher Widerspruch entgegengesetzt worden sei!*)

Ein solches Mißverständniß ist aber um so unverantwortlicher, als bekanntlich gerade der Art. 1597 im Wesentlichen sich anlehnt an die ordonnance d'Orleans vom Jahre 1560, Art. 54.

> „Defendons à tous nos juges et nos advocats et pro-
> „curairs d'accepter directement ou indirectement aucuns
> „transports ou cessions des procès et *droit litigieux*“ etc.

---

*) Wir halten die stete Vergleichung des gemeinen Rechts und seiner vortrefflichen wissenschaftlichen Bearbeitungen ebenfalls für ein unentbehrliches Hilfsmittel, um unser Partikularrecht gehörig auszulegen und anzuwenden. Nur darf das Studium des letzteren nicht gänzlich als eine Nebensache in den Hintergrund gedrängt werden.

Wir beklagen es auch, daß die gehörige Verbindung zwischen den beiden Rechtsquellen noch nicht hergestellt und der badische Praktiker häufig zu sehr von dem größeren Markte der Wissenschaft abgeschnitten ist. Im vorliegenden Falle wird es aber vor Allem darauf ankommen, welche Bestimmungen des römischen Rechts uns zur Vergleichung dienen müssen, ob das Verbot der Veräußerung einer res litigiosa in irgend einer Verwandtschaft mit dem Art. 1597 steht, oder ob nicht vielmehr ganz andere Vorschriften des römischen Rechts Aehnlichkeit mit demselben haben.

Vergl. hierüber die oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe.

R.

Digitized by Google

und namentlich hieraus der Ausdruck „droit litigieux" entlehnt ist.

Daß in jener Zeit, in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts, in der Blüthezeit der römischen Jurisprudenz in Frankreich, in der Zeit des Cujus und Doneau das Wort litigieux in einer Rechtsquelle in keinem andern Sinne gebraucht worden ist, als in dem der damaligen Jurisprudenz, bedarf doch wahrlich keiner besondern Ausführung, und wenn nun Portalis bei Entwickelung der Motive des Gesetzentwurfs zum Art. 1597 mit spezieller Hinweisung auf jene ordonnance sagt: „cette disposition est rappellée par le projet de loi" so ist es doch wohl einem Jeden klar, daß auch in diesem Artikel des Code der Ausdruck droit litigieux keinen andern Sinn haben kann.

2) Die vollständigste Bestätigung des eben Ausgeführten bietet der Art. 1700. In dem vorhergehenden Art. 1695 wird verfügt, daß dann, wenn ein *„droit litigieux"* veräußert worden sei, Derjenige, gegen welchen dieses Recht zustehe, sich seiner Verbindlichkeit dadurch entledigen könne, daß er dem Zessionar die vollständige Kaufsumme ersetze, und hier wird dann im Art. 1700 hinzugefügt:

> „La chose et censée litigieux des *qu'il y a procès et „contestation sur le fond du droit.*"

Hierin liegt die unzweideutige Anerkennung, daß der Code Napoléon in Betreff des Wortes „litigieux" den herrschenden Sprachgebrauch vollständig adoptirt hat, und an einen bloßen außergerichtlichen Streit dabei in keinem Fall zu denken ist. Freilich hat man wohl schon behauptet, daß gerade daraus, weil nur bei Gelegenheit der im Art. 1699 vorkommenden Bestimmung über droit litigieux eine gesetzliche Begriffsbestimmung vorkomme und nicht auch bei Gelegenheit des Art. 1597, der Schluß gerechtfertigt sei, daß diese Begriffsbestimmung auch n u r in Betreff des Art. 1699 Geltung habe, und nicht auf den Art. 1597 bezogen werden dürfe; — aber die Unhaltbarkeit dieser argumentation bedarf wohl keiner besondern Widerlegung. Eine Gesetzgebung, die an verschiedenen Stellen dasselbe Wort in ganz ver-

Digitized by Google

schiedener Bedeutung gebrauchen wollte, würde sich gerechtem Tadel aussetzen und wenn in einem Gesetzbuch irgendwo ein bestimmter Begriff aufgestellt wird, so muß bis zum vollständigen Beweise des Gegentheils angenommen werden, daß derselbe Begriff auch andern Bestimmungen der Legislation zu Grunde liege; und zu dieser Annahme sind wir um so mehr genöthigt, wenn die gesetzliche Definition gar nichts Singuläres an sich trägt, sondern, wie in unserem Falle, dem schon ohnedies herrschenden Sprachgebrauche vollständig entspricht.

3) Wollte man einen außergerichtlichen Streit schon für genügend halten, um die Bestimmung des Art. 1597 in Anwendung zu bringen, so würde dem Gesetze dadurch nicht blos eine Ausdehnung gegeben, die für die in dem Artikel genannten Personen äußerst gefährlich wäre — denn wie können dieselben von einem jeden dem zu erwerbenden Rechte irgend einmal entgegengesetzten außergerichtlichen Widerspruch Kunde haben? — sondern es würde dadurch auch eine höchst widerwärtige Unbestimmtheit hervorgerufen. Man nehme z. B. das Dogma von Zachariä, franz. Civilrecht §. 359.

„Ein Recht ist in Beziehung auf den Art. 1597 streitig, „wenn wegen desselben irgend ein Rechtsstreit anhängig ist, „oder wenn über dasselbe auch nur außergerichtlich gestritten „wird, so daß zu befürchten ist, es werde unter den „Parthien ein Rechtshandel entstehen."

Wann ist denn aber eine solche Furcht begründet?! und welche objektiven Criterien lassen sich dafür aufstellen?

Bei einem Gesetze aber, welches Nichtigkeit androht, Alles von dem subjektiven Ermessen des erkennenden Richters abhängig zu machen, wäre doch wahrlich in hohem Grade ungeeignet!

4) Dafür, daß auch blos außergerichtlicher Streit genüge, beruft man sich, abgesehen von dem schon bei Nr. 2 besprochenen argumentum a contrario aus Art. 1700, hauptsächlich auch darauf, daß ja in Art. 1597 neben den droits et actions litigieux noch *„procès"* genannt sei, und man also das Erstere, wenn man keinen auffallenden Pleonasmus des Gesetzgebers annehmen

Digitized by Google

wolle, nur vom außergerichtlichen Streite deuten könne, und daß auch Portalis bei Motivirung des Gesetzes von streitigen Rechten spreche, „qui sont ou *peuvent être* portés devant le tribunal.“

Beide Argumente sind ganz haltlos. Was nämlich den ersten Grund anbelangt, so kann doch selbst einem blöden Auge der große Unterschied zwischen einem Prozeßkaufe und dem Kaufe eines im Prozesse befangenen Rechts nicht verborgen bleiben und wenn ich z. B. von Titius ein Haus kaufe, wegen dessen der Mevius eine rei vindicatio angestellt hat, so wird kein Verständiger sagen, daß ich einen Prozeß gekauft habe; wohl aber habe ich eine im Prozeß befangene Sache, ein droit litigieux gekauft. Von einem dem Gesetzgeber zum Vorwurf gereichenden Pleonasmus wegen Nebeneinanderstellung von procès und droits litigieux kann also auch nach unserer Auslegung des letzten Wortes begreiflicher Weise keine Rede sein. Was aber das Zweite, das den Motiven des Portalis entnommene Argument anlangt, so sind diese Motive schon an und für sich nicht so erheblich, daß sie gegen den Code selbst entscheiden könnten und in letzterem heißt es nur: „qui sont de la compétence du tribunal“ nicht aber „qui sont ou *peuvent être* de la competence“ etc.

Ueberdies aber will Portalis mit den Worten: qui peuvent être portés devant le tribunal dans le ressort du quel ils exercent leurs fonctions“ gewiß nicht solche Rechte bezeichnen, die blos außergerichtlich bestritten werden können, sondern offenbar denkt er an gerichtlich bestrittene Rechte, bei denen aber der Rechtsstreit zunächst noch in einer untern Instanz anhängig ist, die aber in höherer Instanz an das Gericht gelangen können, bei welchem der Zessionar funktionirt.

Hiernach scheint es mir unzweifelhaft, daß der Art. 1597 des Code Napoléon nur bei gerichtlich bestrittenen Rechten in Anwendung gebracht werden kann und von selbst versteht es sich, daß ganz dasselbe auch von dem Landrechtsatz 1597 gelten muß.

Für die badische Gesetzgebung kann aber auch noch ein neuer Beweisgrund für die richtige Ansicht aus der Prozeßordnung von

Digitized by Google

1832, §. 257 entlehnt werden, denn hiernach soll, damit eine Sache im Rechtssinn zu einer streitigen werde, erforderlich sein, daß die Klage von dem competenten Richter dem Beklagten mitgetheilt worden sei.

Will man nicht alle Harmonie in der Gesetzgebung Badens läugnen, so muß man doch gewiß von der Voraussetzung ausgehen, daß der Begriff von „streitig" in der Prozeßordnung und im Landrecht in gleicher Weise bestimmt sein werde.

II. Außerdem wird aber auch zum Begriffe eines streitigen Rechts erfordert, daß das Recht selbst Gegenstand des Widerspruchs geworden ist, und ein Prozeß, dessen Grund und Veranlassung zwar wohl in dem fraglichen Rechte liegt, der aber das Recht selbst gar nicht betrifft, kann begreiflicher Weise dieses Recht auch nicht zu einem bestrittenen machen.

So ist z. B. das Eigenthum die Quelle mannigfacher aktiver und passiver Obligationsverhältnisse und es können in Folge davon von dem Eigenthümer und gegen denselben mannigfache actiones in personam angestellt werden; aber gewiß wird es Niemanden einfallen, das Eigenthumsrecht ein bestrittenes zu nennen, weil eine solche obligatorische Klage von dem Eigenthümer oder gegen denselben angestellt worden ist. So hat z. B. der Eigenthümer in Folge seines Eigenthums das Recht zur Vornahme einer operis novi nunciatio, er hat die Befugniß, eine cautio de damno infecto zu fordern u. dgl. mehr, und so ist z. B. umgekehrt der Eigenthümer auf den Grund seines Eigenthums verpflichtet, Steuern oder andere öffentliche Abgaben zu leisten: es kann gegen den Eigenthümer eine actio aquæ pluviæ arcendæ, ein interdictum quod vi aut clam angestellt werden u. dgl. m.

Wird nun einmal wirklich ein solcher obligatorischer Rechtsstreit von dem Eigenthümer oder gegen denselben geführt, so wird doch dadurch augenscheinlich das Eigenthumsrecht nicht zu einem streitigen, so wenig, daß vielmehr regelmäßig darin eine thatsächliche Anerkennung des Eigenthumsrechts gefunden werden muß.

Digitized by Google

III. Auch nicht jeder gerichtliche Widerspruch gegen das Recht selbst, macht ein Recht zu einem streitigen, sondern ein Recht ist in Wahrheit nur dann ein streitiges, wenn der Prozeß gerade über dieses Recht geführt wird; wenn also der Ausgang des Prozesses über das Schicksal dieses Rechts entscheidet; mit anderen Worten: es muß gerade das fragliche Recht *in judicium* deduzirt sein, wenn es als ein streitiges Recht in juristischem Sinne des Wortes erscheinen soll.

Auch dieses ist ganz unzweifelhaft, und wenn z. B. Titius eine, seinem Grundstücke zustehende Prädial-Servitut mit der actio confessoria verfolgt, und der Beklagte vertheidigt sich unter andern damit, daß er das Eigenthumsrecht des Klägers an dem prædium dominans in Abrede stellt, so wird es sicherlich keinem Juristen einfallen, zu behaupten, daß dadurch das Eigenthumsrecht des Titius zu einem bestrittenen, das prædium dominans zu einer res litigiosa werde. Allerdings wird auch hier über das Eigenthumsrecht gerichtlich verhandelt, aber es wird darüber nicht entschieden.

Mag der Ausgang des Prozesses sein, wie er will, so wird dem Titius dadurch sein Eigenthumsrecht weder zuerkannt, noch aberkannt, und in Betreff des Eigenthums kann in solchem Falle nie von einer res judicata die Rede sein, eben weil dieses Recht gar nicht in judicium deduzirt ist. Nicht jeder Widerspruch gegen das Recht also macht das Recht zu einem bestrittenen, sondern nur derjenige Widerspruch, der das Recht auch wirklich in Frage stellt, in dessen Folge also auch wirklich das Recht möglicher Weise aberkannt werden kann. Der Widerspruch dagegen, dessen eigentlicher Zweck es gar nicht ist, das Recht zu bekämpfen, und dessen Folge es niemals sein kann, daß das Recht abgesprochen werde, kann das Recht auch niemals zu einem bestrittenen machen. Trotz eines solchen Widerspruchs ist ja das Recht nicht im mindesten gefährdet; es braucht nicht erst diesem Widerspruche gegenüber erstritten zu werden, sondern es bleibt in seiner vollen Integrität bestehen, mag auch der Widerspruch vom Richter völlig begründet gefunden werden. Wie ein solcher Widerspruch das

Digitized by Google

Recht zu einem streitigen machen könne, ist doch wahrlich nicht einzusehen. *)

§. 3.

Wir wollen jetzt die Ergebnisse dieser Ausführungen auf den vorliegenden Fall in Anwendung bringen.

Advokat Rindeschwender hat laut §. 1 des am 23. Januar 1838 abgeschlossenen Kaufvertrags einen „Antheil an der Grundherrschaft Neuweiher, bestehend in $^{1853}/_{4620}$ des ganzen Gutes zu einem wahren und unwiderruflichen Eigenthume" erkauft, und in §. 7 des Vertrags ist noch ferner angegeben, daß dazu auch der entsprechende Antheil an sämmtlichen Fahrnissen, ausstehenden Forderungen u. s. w. gehören soll. Zur Zeit, als dieser Kontrakt abgeschlossen wurde, waren nun aber die Verkäufer in eine ziemliche Zahl von Prozessen mit ihren Miteigenthümern verwickelt, in denen dieselben theils als Kläger, theils als Beklagte fungirten, und unsere Frage ist nun also die: ob durch diese Prozesse das von Adv. Rindeschwender erkaufte Objekt, nämlich $^{1853}/_{4620}$ der Grundherrschaft Neuweiher die Eigenschaft eines „streitigen Rechts" erhalten hat? Es wurde aber zu jener Zeit theils eine von dem Verkäufer gegen seine Miteigenthümer angestellte Theilungsklage verhandelt, theils war unter den Miteigenthümern eine Anzahl von Prozessen über einzelne Administrationshandlungen im Gang.

---

*) Die Frage, ob eine Sache nach römischem Rechte als res litigiosa und darum ihre Veräußerung als verboten betrachtet werden könne, ist unseres Erachtens wesentlich verschieden von der Frage: in wie fern ein Urtheil im Theilungsprozesse, welches nach Prüfung der darin bestrittenen Eigenthumsfrage und auf den Grund der bejahenden oder verneinenden Beantwortung derselben ergeht, res judicata über das Eigenthumsrecht bilde. Man kann zugeben, daß die Bestreitung des Beklagten, daß der Kläger Eigenthümer sei, dessen Miteigenthum nicht zu einer res litigiosa macht, allein daraus folgt noch keineswegs, daß das Urtheil so zu betrachten ist, als wäre über das Eigenthum oder Miteigenthum gar nicht entschieden worden. Vergl. hierüber die Anmerkung zu B.

R.

Digitized by Google

Wir wenden uns zunächst zur Erörterung der Frage, ob durch die Theilungsklage das Kaufobjekt zu einem streitigen Rechte im Sinne des S. 1597 geworden war?

§. 4.

Am 1. Mai 1836 erhob Graf Edmund von Kesselstatt im Namen des Kesselstattischen Stammes eine Klage auf Theilung der Grundherrschaft Neuweiher gegen die beiden Miteigenthümerinnen, Freifrau von Fechenbach-Sommerau und die Ehefrau des Ministerialsekretärs Asmut. Dabei wurde in §. 5 der Klagschrift das Verhältniß der Antheile an der fraglichen Grundherrschaft so angegeben, daß auf den Kesselstattischen Stamm $^{1853}/_{4620}$, auf Frau von Fechenbach $^{1054}/_{4620}$ und auf Frau Asmut $^{1713}/_{4620}$ kämen, wobei in Betracht der letztern Quote noch besonders bemerkt wurde, daß der Antheil der Frau Asmut sich nur dann so hoch belaufen würde, wenn die Frau von Fechenbach den ihr durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 26. September 1834 zuerkannnten Eid nicht ausschwören würde, während sich andernfalls ihr Antheil um $^{307}/_{4620}$ geringer, somit auf $^{1406}/_{4620}$ herausstellen würde. In §. 6 der Klagschrift wurden dann Anträge über die Art und Weise der Theilung gestellt, und in §. 7 das Petitum dahin formirt, daß nach gehöriger Verhandlung erkannt werde, „es sei die Grundherrrschaft Neuweiher im Wege gerichtlicher Versteigerung (unter Zugrundlegung der in §. 6 gemachten Bedingungen) unter den Streitenden zu theilen und dem Kläger als sein Antheil daran $^{1853}/_{4620}$ des Erlöses aus der Versteigerung zuzusprechen.

Die eine Mitbeklagte, Frau von Fechenbach, ließ sich hierauf nicht vernehmen und in Folge davon wurde durch Urtheil des Hofgerichts vom 5. August 1837 erkannt: „daß ihr gegenüber dem klägerischen Antrag auf gerichtliche Versteigerung der Grundherrschaft Neuweiher Statt zu geben, und dem Kläger als Antheil für sich und des von ihm vertretenen Kesselstattischen Stammes $^{1853}/_{4620}$ des Erlöses zuzuscheiden seien."

Die andere Mitbeklagte dagegen, die Frau Asmut, ließ sich sehr ausführlich auf diese Theilungsklage vernehmen und außer

vielen andern Einwendungen, die für unsere Frage von keinem Interesse sind, wie z. B.: daß die Klage dunkel und unvollständig sei, daß der Kläger Graf Edmund von Kesselstatt nicht für den Kesselstattischen Stammhalter zu klagen befugt sei, u. dgl., wurde von ihr insbesondere auch in §. 12 die verzögerliche Einrede vorgeschützt, „daß die Klage noch zur Zeit nicht stattfinde, denn es sei noch keineswegs richtig gestellt, wie viel denjenigen, in deren Namen der Kläger auftrete, wie viel der Mitbeklagten, Freifrau von Fechenbach, wie viel endlich der Frau Räthin Asmut gebühre." In Uebereinstimmung hiermit wird bei der Streiteinlassung in §. 20 widersprochen, daß die Betreffnisse an der Grundherrschaft schon dahin fixirt seien, daß die Kläger berechtiget seien, $^{1853}/_{4620}$ zu fordern, und ebenso wird in §. 21 die Berechnung der betreffenden Antheile widersprochen, wie sie in der Klage behauptet werde. Ich enthalte mich des wörtlichen Extrahirens, da die betreffenden Stellen schon in der Vernehmlassung des Adv. Rindeschwender vom 5. Juli 1845 vollständig mitgetheilt sind, und bemerke hier nur so viel, daß die Frau Asmut an allen diesen Stellen, sowohl da, wo sie ihren Widerspruch in die Gestalt einer verzögerlichen Einrede einkleidet, als auch da, wo sie ihn in der Form einer litis contestatio negativa vorträgt, denselben stets nur damit begründet, weil die genaue Bestimmung der Theile erst noch davon abhänge, ob die Frau von Fechenbach den durch hofgerichtliches Urtheil ihr aufgelegten Eid ausschwören werde oder nicht. Vergl. auch noch die Vernehmlassung der Frau Asmut, §. 25, Nr. 13. —

Aus diesen Erklärungen der Frau Asmut hat man nun vorzugsweise bisher ableiten wollen, daß die auf den Kesselstattischen Stamm fallende Quote des Miteigenthums wirklich bestritten gewesen sei, und daß also Adv. Rindeschwender allerdings ein streitiges Recht gekauft habe. Die folgenden Bemerkungen werden hoffentlich dazu beitragen, die völlige Unhaltbarkeit dieser Ansicht ins Licht zu stellen.

1) Augenscheinlich hat die Frau Asmut dem vom Kläger angegebenen Verhältniß der Antheile an der Grundherrschaft

Digitized by Google

Neuweiher keinen generellen Widerspruch entgegengesetzt, sondern sie hat demselben nur deßhalb und nur soweit widersprochen, weil und inwiefern erst noch von dem Schwören oder Nichtschwören des Eides von Seiten der Frau von Fechenbach die definitive Fixirung der einzelnen Antheile abhängig sei. Einen generellen Widerspruch, nur etwa mit beschränkten Motiven, hier finden zu wollen, halte ich bei einer unbefangenen Auffassung der ganz klaren und unzweideutigen Worte für unmöglich, und zwar um so mehr, weil durch einen solchen generellen Widerspruch sich die Beklagte einer handgreiflichen gröblichen Chicane schuldig gemacht haben würde. Dieselbe hatte nemlich das in der Klage angegebene Verhältniß der einzelnen Antheile schon vielfach außergerichtlich und gerichtlich nicht blos anerkannt, sondern mehreren eigenen Klagen zu Grunde gelegt, und zwar gerade dem jetzigen Kläger, Grafen Edmund von Kesselstatt gegenüber, und vor demselben Gerichte, bei welchem auch der Theilungsprozeß verhandelt wurde; vergl. die zahlreichen Nachweisungen in der gedruckten Vernehmlassung des Advokaten Rindeschwender vom 5. Juli 1845, S. 12 ff. Unter diesen Umständen dennoch einen generellen Widerspruch in die Worte hinein interpretiren zu wollen, ist doch gewiß unzulässig. Was die Beklagte selbst, in dem gerechten Bedenken, den Vorwurf frivoler Chicane auf sich zu laden, zu thun sich scheut, das soll doch wahrlich der Richter nicht für die Beklagte thun wollen!

2) Kann nun aber der Widerspruch der Frau Asmut schlechthin nur in der Beschränkung aufgefaßt werden, daß die definitive Regulirung der Antheile noch erst von dem Schwören oder Nichtschwören der Frau von Fechenbach abhängig sei, — so wird durch diesen Widerspruch augenscheinlich die Größe des Kesselstattischen Stammantheils gar nicht berührt. — Dem Kesselstattischen Stamm gegenüber war der Schenkungsprozeß der Frau Asmut definitiv entschieden, und nur das besondere Theilverhältniß zwischen der Frau Asmut und der Frau von Fechenbach war noch von dem Ausschwören des Eides der letztern abhängig gemacht worden. Mochte der Eid ausgeschworen, oder mochte die Eidesleistung

Digitized by Google

verweigert werden, so konnte dadurch in keinem Falle der Kesselstattische Stamm-Antheil gemindert werden; denn, wurde der Eid verweigert, so trat nun definitiv das Theilverhältniß ein, was der Theilungskläger eventuell seiner Klage zu Grunde gelegt hatte; wurde aber der Eid abgeschworen, so verringerte sich dadurch der Antheil der Frau Asmut um 307/4620, und es hätte vielleicht in Folge davon der Kesselstattische Antheil sich vergrößern können, aber in keinem Falle wäre er dadurch kleiner geworden, so daß also offenbar die 1853/4620, die bei der Theilungsklage von dem Kläger zu Grund gelegt wurden, durch den Eid der Frau von Fechenbach in keinem Fall ins Ungewisse gestellt waren und folgeweise auch durch den beschränkten Widerspruch der Frau Asmut nicht bestritten werden konnten. Alles dieses hat auch die Frau Asmut selbst, noch im Jahre 1835 in einem Prozeß gegen den Grafen Edmund von Kesselstatt ausdrücklich anerkannt, denn sie sagt da wörtlich:

„Schwört sie (die Frau von Fechenbach) nicht, oder erklärt „sie sich vielmehr, nicht zu schwören, so geht es nach der „von Kesselstattischen Theilberechnung; (also nach der Be„rechnung, welche auch in dem Theilungsprozeß von dem „Kläger zu Grund gelegt war.) Wenn sie durch Aus„schwörung des Eides die von Kesselstattische Theilung auf„heben sollte, so geschehe dies nur vis à vis der Räthin „Asmut, und in dem Besitz- und Eigenthumsrechte des „Grafen von Kesselstatt würde dadurch keine Aenderung „eintreten."

Vergl. die speziellen Nachweisungen in der gedruckten Vernehmlassung des Adv. Rindeschwender vom 5. Juli 1845, S. 19 ff.

Wenn dagegen jetzt die Frau Asmut in ihrer Vernehmlassung auf die Theilungsklage §. 21 sagt:

„wenn die Frau von Fechenbach den Eid schwöre, so würde „sich ihr Antheil vermehren, der der **beiden** andern „Theilhaber vermindern;"

und wenn sie also hierin ausspricht, daß durch die Ausschwörung

Digitized by Google

des Eides von Seiten der Frau von Fechenbach sich auch der Kesselstattische Antheil vermindern würde, so hat sie damit eine Behauptung aufgestellt, die in so augenscheinlichem Widerspruche mit den von ihr selbst angegebenen Prämissen steht, und die eben darum so offenbar unrichtig ist, daß der Richter dieselbe unmöglich beachten kann. Wenn ich in einem Prozeß gegen meinen Nachbar behauptet habe, daß sein Grundstück über dem meinigen liege, und das Regenwasser von demselben auf das meinige ablaufe, und der Nachbar in seiner Vernehmlassung gibt zu, daß sein Grundstück das höher liegende sei, aber versichert, daß umgekehrt das Wasser von meinem Acker auf den seinigen ablaufe: so ist hier freilich auch ein Widerspruch; aber wird deßhalb der Richter meine Behauptung für bestritten erklären, und mir etwa Beweis auflegen?!

Nun gerade so verhält es sich mit jenem scheinbaren Widerspruche der Frau Asmut. Daß der Eid der Frau von Fechenbach auf den Antheil des Kesselstattischen Stammes nach Lage der Sache keinerlei nachtheiligen Einfluß haben kann, ist juristisch nicht weniger sonnenklar, als es physisch gewiß ist, daß das Wasser nicht von unten nach oben läuft, und die Annahme eines Streites und eine Beweisauflage würden in dem einen wie in dem andern Falle in gleicher Weise eine Absurdität involviren.

Dieses ist auch von dem Gerichte, bei welchem der Theilungsprozeß verhandelt wurde, thatsächlich anerkannt worden, denn es wurde in jenem Prozeß nach gepflogenen gesetzlichen Verhandlungen am 25. August 1837 ein Beweiserkenntniß erlassen, worin dem Kläger der Beweis auferlegt wurde, „daß die bisher zwischen beiden Theilen gemeinschaftliche Grundherrschaft Neuweiher in der Art untheilbar sei, daß ihm (Kläger) der für sich und den Kesselstattischen Stamm angesprochene Antheil von $^{1853}/_{4620}$ Theilen vom Ganzen nicht füglich im Stück zugeschieden werden könne."

Daß Kläger auch die Größe seines Antheils beweisen müsse, davon ist mit keinem Worte die Rede, und offenbar hat also der Gerichtshof jenen scheinbaren Widerspruch des Beklagten nicht

Digitized by Google

für geeignet gehalten, diesen Antheil als einen streitigen erscheinen zu lassen.

3) Nehmen wir aber selbst einmal an, daß auf jene Behauptung der Beklagten, der von dem Kläger für sich angenommene Antheil von $^{1853}/_{4620}$ sei noch nicht definitiv bestimmt, und könne durch den Eid der Frau von Fechenbach noch gemindert werden, von dem Richter trotz ihrer augenscheinlichen Unwahrheit noch Rücksicht genommen werden dürfe, so liegt doch offenbar in jener Behauptung keine wahre Bestreitung dieses Antheils, sondern es ist damit nur gesagt, daß jener Antheil zur Zeit noch nicht definitiv fixirt, daß er vor der Hand noch unbestimmt sei. Zwischen einem streitigen und einem noch ungewissen Rechte ist aber ein großer Unterschied. Wenn ich hundert Thaler unter einer Bedingung zu fordern habe, so ist mein Forderungsrecht nicht streitig, sondern nur ungewiß; und wenn die Frau Asmut behauptet, der Kläger könne nur dann $^{1853}/_{4620}$ in Anspruch nehmen, wenn die Frau von Fechenbach den durch rechtskräftiges Erkenntniß aufgelegten Eid verweigere, während im umgekehrten Falle sich jener Antheil mindere, so stellt sich damit offenbar jene Quote nicht als streitig, als litigiös hin, sondern nur als zur Zeit noch ungewiß. Könnte hierüber noch irgend ein Zweifel obwalten, so würde derselbe vollständig dadurch aufgehoben, daß die Beklagte in §. 12 ihrer Vernehmlassung ihren Widerspruch in die Gestalt einer dilatorischen Einrede einkleidet, „daß die Klage noch zur Zeit nicht stattfinde.“

Nach dieser Lage der Sache kann es aber nicht bezweifelt werden, daß jener Widerspruch der Frau Asmut eine eventuelle Anerkennung jener vom Kläger angesprochenen Quote enthält, eine Anerkennung nämlich für den Fall, wenn die Frau von Fechenbach zu schwören sich weigern würde. Dieser Fall ist aber noch im Laufe des Theilungsprozesses und ehe der Advokat Rindeschwender die $^{1853}/_{4620}$ der Grundherrschaft Neuweiher käuflich an sich brachte, eingetreten, indem durch rechtskräftig gewordenes hofgerichtliches Urtheil vom 30. Juni 1837 die Ausschwörung jenes Eides als verweigert angenommen und

das frühere Erkenntniß vom 26. Sept. 1834 dadurch purifizirt wurde.

Mit diesem Momente war nun auch in den Augen der Frau Asmut und in Gemäßheit ihrer eigenen vorausgegangenen Erklärungen der bis dahin zwar nicht bestrittene, aber doch angeblich noch ungewiß gebliebene Eigenthumsantheil des Kesselstattischen Stammes ad $^{1853}/_{4620}$ völlig bestimmt und fixirt worden. Die eventuelle Anerkennung war eo ipso purifizirt und im Augenblicke des von Rindeschwender abgeschlossenen Kaufkontrakts — 23. Januar 1838 — mußte also die erkaufte Eigenthumsquote, als auch von der Frau Asmut pure anerkannt, angenommen werden. Hiermit stimmt denn auch vollständig überein, daß von jenem Purifikations-Erkenntniß an, die Frau Asmut vielfach, theils vor, theils nach dem Rindeschwender'schen Kaufe, sowohl außergerichtlich, als gerichtlich, und zwar sogar in diesem Theilungsprozesse selbst, die Quote des Kesselstattischen Stammes zu $^{1853}/_{4620}$ auf das Unzweideutigste anerkannt hat, worüber die nähern Nachweisungen in der gedruckten Vernehmlassung des Advokaten Rindeschwender vom 5. Juli 1845, S. 31 ff. zusammengestellt sind.

4) Wollten wir aber einmal selbst das Unmögliche zugeben; wollten wir also annehmen, es seien wirklich die $^{1853}/_{4620}$ des Kesselstattischen Stammes in dem Theilungsprozeß bestritten worden, und dieser Streit habe auch noch zur Zeit des Rindeschwender'schen Kaufs fortbestanden, — so hat doch Adv. Rindeschwender kein „streitiges Recht" im Sinne des L.R.S. 1597 erkauft.

Ich habe oben in §. 2 bei III. ausgeführt, daß nicht jeder gerichtliche Streit das Recht zu einem streitigen macht, sondern nur ein solcher Streit, welcher das Recht auch wirklich in Frage stellt, in dessen Folge also auch wirklich das Recht möglicherweise aberkannt werden kann.

Dies tritt in unserem Falle offenbar nicht ein. Nehmen wir auch an, die Frau Asmut habe wirklich den Eigenthumsantheil des Kesselstattischen Stamms bestritten, so that sie dies in diesem

Digitized by Google

Prozesse offenbar nicht, um das Miteigenthum zu bekämpfen, sondern blos und allein, um sich gegen die Theilungsklage zu schützen und ihr Petitum ist demgemäß auch blos und allein darauf gerichtet, „den Kläger mit seiner Klage abzuweisen." Eben so wenig wie das Eigenthumsrecht streitig wird, wenn der mit einer actio confessoria Belangte, um sich gegen diese Servitutenklage zu schützen, das Eigenthum des Klägers an dem prædium dominans in Abrede stellt, ganz eben so wenig wird das Miteigenthumsrecht streitig, wenn der mit einer actio communi dividundo Belangte das Miteigenthum des Klägers ganz oder theilweise bestreitet. Mochte der Theilungsprozeß des Grafen von Kesselstatt auch verloren gehen, so hatte dieses auf das Miteigenthumsrecht desselben auch nicht den mindesten Einfluß, und unmöglich kann also ein solch ungefährlicher, das Recht selbst auch nicht im Mindesten bedrohender Widerspruch dieses Miteigenthum zu einem streitigen machen.

§. 5.

Ich habe in den vorigen Paragraphen nachgewiesen, daß der Widerspruch, den die Frau Asmut dem von dem Theilungskläger angenommenen Theilverhältniß entgegengesetzt hat, das Miteigenthumsrecht des Klägers auch nicht zum kleinsten Theile zu einem streitigen zu machen geeignet war. Noch weniger kann dies begreiflich mit den andern, gegen die Theilungsklage vorgebrachten Einwendungen der Fall sein, indem diese das Miteigenthumsrecht gar nicht im Entferntesten berühren, und wir wären damit zu dem Resultate gelangt, daß die zur Zeit des Rindeschwenderschen Kaufs zwischen den Miteigenthümern verhandelte actio communi dividundo überhaupt nicht bewirken konnte, das Miteigenthum des Theilungsklägers zu einem „streitigen Rechte" zu stempeln. Freilich hat man wohl auch schon behauptet, schon der Umstand allein, daß eine Theilungsklage unter den Miteigenthümern verhandelt werde, mache das Miteigenthum zu einem streitigen, denn das Recht der Theilung sei ein wesentlicher Bestandtheil des Miteigenthums, und wenn ein integrirender Theil eines Rechts streitig sei, so müsse nothwendig das Recht selbst als ein streitiges an-

Digitized by Google

gesehen werden. Bei etwas schärferer Betrachtung zeigt sich aber leicht, daß dieser Argumentation, ungeachtet des logischen Scheins, doch eine etwas arge Begriffsverwechslung zu Grunde liegt.

Die Sache verhält sich einfach so:

Das Miteigenthum hat zwei verschiedene Seiten, deren scharfe Trennung zum vollen Verständniß dieses Rechtsverhältnisses wesentlich ist. Der wesentliche Inhalt desselben ist das dingliche Eigenthumsrecht, welches sich von dem gewöhnlichen Eigenthum hauptsächlich nur durch seinen Gegenstand unterscheidet, indem nicht die ganze Sache, sondern nur ein ideeller Theil einer Sache das Objekt desselben bildet, welches aber im Uebrigen unter den gewöhnlichen Grundsätzen des Eigenthums steht, eben so, wie dieses, erworben und verloren wird, dieselbe dingliche Klage (die rei vindicatio) erzeugt u. dgl.

Ganz verschieden von diesem dinglichen Eigenthum an einer pars pro indiviso ist nun aber das obligatorische Verhältniß unter den Miteigenthümern, welches nicht sowohl ein Bestandtheil, als vielmehr nur eine Folge des Miteigenthums ist. Durch das Miteigenthum werden nämlich die Miteigenthümer in ein, der Sozietät ähnliches Obligationsverhältniß gebracht, welches das römische Recht, eben wegen dieser Aehnlichkeit mit einem Kontrakte, sehr passend auf einen quasi contractus zurückführt, und für welches eine besondere obligatorische Klage, die actio communi dividundo, begründet ist. Aus diesem obligatorischen Verhältniß, nicht aber aus dem dinglichen Eigenthumsrechte geht denn nun namentlich auch der wechselseitige Anspruch der Miteigenthümer auf Theilung hervor, und da muß es denn doch wohl einem Jedem einleuchten, daß, wenn aus diesem quasi-contractus eine Klage erhoben ist, auch nur diese *obligatio*, aber niemals das dingliche Miteigenthum in judicium deduzirt ist, und eben darum dieses letztere auch niemals dadurch zu einem streitigen Rechte werden kann; weder für den Beklagten, noch auch, und zwar noch viel weniger für den Kläger.

Es tritt hier in vollem Umfange das ein, was ich oben in §. 2 bei II. ausführte und eben so wenig wie ein Eigenthumsrecht

Digitized by Google

zu einem streitigen wird, wenn ich auf den Grund desselben gegen einen Nachbarn die actio pluviæ arcendæ angestellt habe, gerade so wenig kann auch mein Miteigenthumsrecht zu einem streitigen werden, wenn ich gegen den Miteigenthümer von der actio communi dividundo Gebrauch gemacht habe. Mag ich mit dieser Klage aus irgend einem Grunde abgewiesen werden; mag ich sie fallen lassen, — mein Miteigenthumsrecht wird dadurch nicht im Mindesten affizirt, und daraus folgt mit absoluter Nothwendigkeit, daß durch eine solche Klage mein Miteigenthumsrecht auch nicht zu einem streitigen Rechte werden kann.

§. 6.

Außer der Theilungsklage war aber zur Zeit des Rindeschwender'schen Kaufs noch eine ziemliche Zahl von anderweiten Prozessen unter den Miteigenthümern im Gang und es ist von der Widerklägerin der Versuch gemacht worden, auch wegen dieser anderweiten Prozesse die von dem Adv. Rindeschwender erkauften $^{1853}/_{4620}$ der Grundherrschaft Neuwelher als ein „streitiges Recht" erscheinen zu lassen und in Folge davon den Satz 1597 des Bad. Landrechts als anwendbar darzustellen.

In der That braucht man aber nur die Rubriken dieser Prozesse, wie sie von der Widerklägerin in ihrer Widerklage einzeln aufgeführt werden, zu betrachten, z. B.:

> Widerklage der Räthin Asmut auf Rechnungsstellung über die von dem Gräflich Kesselstattischen Stamm bis dahin geführte Administration;
>
> Klage des Grafen Edmund von Kesselstatt gegen Asmut, Bauverwendung in der Meierei und dem Grundherrl. Schlosse betr.;
>
> Widerklage der Frau Asmut auf Rechnungsstellung über den Ertrag der grundherrlichen Rebhöfe u. s. w. u. s. w.

und man braucht nur einen Blick in die darüber verhandelten Akten zu werfen, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß es ein wahres juristisches curiosum ist, wegen dieser Prozesse das Miteigenthum des Kesselstattischen Stamms als ein streitiges Recht ansehen zu wollen. Es wäre dies nur möglich, wenn man von der

Digitized by Google

wunderlichen, einer Widerlegung wahrlich nicht bedürfenden Idee ausgieng, daß jeder Streit unter den Miteigenthümern auch das Miteigenthum selbst zu einem streitigen Rechte mache! In allen jenen Prozessen wird das Miteigenthum theils vorausgesetzt, theils ausdrücklich anerkannt, und in allen werden nur einzelne obligatorische Leistungen — Rechnungsstellung — Ersatz von Kosten und Schäden u. dgl. eingefordert, „Leistungen, deren Rechtsgrund in einzelnen angeblich obligationswidrigen Handlungen eines anerkannten Miteigenthümers gefunden wird." Wenn es noch irgend eines besondern Beweises dafür bedürfen könnte, daß alle solche Klagen aus einzelnen obligationswidrigen Handlungen eines Miteigenthümers das Miteigenthum nicht zu einem streitigen Rechte stempeln können, so kann derselbe vollständig und schlagend durch die einfache Bemerkung erbracht werden, daß alle solche Prozesse den Singular-Successor, also z. B. den Käufer, ganz und gar nichts angehen, also doch unmöglich das erkaufte Recht zu einem streitigen machen können. Wenn ich z. B. ein Landgut, welches mir und dem Titius gemeinschaftlich zugehört, fehlerhaft und nachlässig administrirt habe, so kann doch augenscheinlich der daraus entstehende Prozeß immer nur gegen mich geführt werden, und dies ändert sich auch nicht im Mindesten, wenn ich auch meinen Antheil am Landgut verkaufe. War die Klage zur Zeit des Verkaufs noch nicht angestellt, so kann sie jetzt doch nicht gegen den Käufer, sondern immer nur gegen mich gebraucht werden; und war sie bereits angestellt, so wird sie nur gegen mich fortgesetzt und der Käufer bleibt ganz aus dem Spiele. Daraus folgt aber mit einleuchtender Evidenz, daß durch solche obligatorische Prozesse zwischen Miteigenthümern das Miteigenthum selbst nicht zu einem streitigen Rechte werden kann; denn ein streitiges Recht müßte begreiflich auch bei dem Rechtsfolger streitig sein, da Niemand mehr übertragen kann, als er selbst hat.

Digitized by Google

§. 7.

Ich glaube in dem Bisherigen die erste Hauptfrage (1. §. 1.) erschöpfend beantwortet zu haben, die Frage nämlich:

> ob das Objekt des Rindeschwender'schen Kaufs schon an und für sich wegen der mancherlei zur Zeit des Kaufkontrakts darüber anhängigen Prozesse als ein „streitiges Recht" angesehen, und deßhalb der L.R.S. 1597 in Anwendung gebracht werden müsse?

und das meines Erachtens ganz unzweifelhafte Resultat der bisherigen Ausführungen war, daß diese Prozesse das erkaufte Recht durchaus nicht zu einem streitigen gemacht haben, und aus diesem Grunde also wohl von einer Anwendbarkeit des S. 1597 nicht die Rede sein könne.

Es kommen aber in dem zwischen dem Adv. Rindeschwender und dem Grafen Edmund von Kesselstatt abgeschlossenen Kaufvertrage noch einige spezielle Bestimmungen über die Betheiligung des Käufers an diesen Prozessen vor, und diese besondern vertragsmäßigen Bestimmungen hat man auch noch als einen Grund ansehen wollen, der die Anwendung des L.R.S. 1597 vollkommen rechtfertige.

Es bleibt mir noch übrig, auch diese Behauptung zu prüfen und ihre volle Haltlosigkeit nachzuweisen.

In der That genügt aber hierzu eine einfache Bemerkung. Durch alle jene vertragsmäßigen Nebenbestimmungen übernimmt der Käufer augenscheinlich Lasten und Verbindlichkeiten, während eben so augenscheinlich der L.R.S. 1597 nur auf die Erwerbung von Vortheilen und Rechten bezüglich ist, und es erscheint darum schon als völlig ungereimt, wegen jener den Käufer beschwerenden Nebenbestimmungen diese gesetzliche Vorschrift in Anwendung bringen zu wollen. Daß aber wirklich der Art. 1597 nur die Erwerbung von Rechten und Vortheilen im Auge hat, geht so unzweideutig aus Wort und Geist des Gesetzes hervor, daß es einer ausführlichen Beweisführung wahrlich nicht bedarf.

Richter, Advokaten u. s. w. sollen sich nicht in einer die Würde

Digitized by Google

ihres Amtes oder Standes compromittirenden Weise Vortheile verschaffen dürfen. Zweideutige, ihren Beruf entwürdigende Spekulationen auf möglichen Gewinn, wozu ihnen ihre amtliche Stellung dienstlich sein könnte, sollen ihnen versagt sein!

Das ist augenscheinlich der einfache Gedanke, welcher jener gesetzlichen Vorschrift zu Grunde liegt, und nicht entfernt tritt die Absicht dabei hervor, jene Personen auch gegen die Uebernahme von Lasten und Verbindlichkeiten schützen zu wollen! Aus jenem Grunde ging offenbar die Bestimmung hervor, daß Richter und Advokaten keine streitigen Rechte und Ansprüche übernehmen dürfen und derselbe Gedanke liegt auch unzweifelhaft der Bestimmung zum Grunde, daß dieselben keine Prozesse übernehmen sollen, woraus allein schon hervorgeht, daß hier nur an eine solche Uebernahme von Prozessen gedacht werden kann, die sich als eine Rechtserwerbung charakterisirt, und über allen Zweifel erhoben wird dies durch den Ausdruck des französischen Originaltextes „ne peuvent *devenir cessionaires* des procès“, und durch die Rubrik des Titels, in welche der Art. 1597 eingereiht ist: „Qui peut *acheter* ou vendre.“ Die passive Uebernahme von Prozessen soll also durch jene Vorschrift den Richtern und Advokaten nicht verboten werden, und diese können demnach unbedenklich an die Stelle eines beklagten Schuldners in einen Prozeß eintreten — so weit dies natürlich prozessualisch möglich ist; und eben so steht ihnen Nichts im Wege, wenn sie sich verpflichten wollen, einen Beklagten gegen die Prozeßkosten und die Folgen des Urtheils sicher zu stellen. *)

---

*) Dieser Behauptung setzen wir folgende Betrachtung entgegen:
Wer in der Anwaltspraxis gelebt hat, wird sicherlich die Erfahrung gemacht haben, daß ein Beklagter oft gerne eine gewisse Summe bezahlen würde, wenn er damit aller weiteren Verantwortlichkeit entbunden wäre, oder m. a. W. wenn Jemand dafür den Prozeß auf eigene Gefahr und Kosten übernehmen würde. Der Anwalt hat die nächste Gelegenheit, auf diesen Wunsch einzugehen und einen solchen Handel mit seiner Partei abzuschließen. Thut er dieses, und gewinnt er

Digitized by Google

Hält man aber diesen einfachen Gedanken fest, an dessen Wahrheit sicher nicht gezweifelt werden kann, so braucht man blos die einschlägigen Paragraphen des Rindeschwender'schen Kaufvertrags zu lesen, um sich zu überzeugen, daß dabei von einem Verstoß gegen den Landrechtssatz 1597 nicht die Rede sein kann. Es gehören hierher die §§. 8, 9 und 11. — Nachdem nämlich in dem §. 7 die Rechte und Befugnisse näher angegeben sind, die durch diesen Kaufvertrag auf den Käufer übergehen sollen, ist umgekehrt in den folgenden Paragraphen von den Verbindlichkeiten und Lasten die Rede, denen sich der Käufer unterziehen muß, und da heißt es denn

---

sofort seiner Erwartung gemäß den Prozeß, so steckt er die empfangene Summe als reinen Gewinn in die Tasche. Im Fall des Unterliegens müßte er aber seiner Partei für den Verlust einstehen, gleich wie er auch beim Kaufe eines strittigen Rechts in diesem Falle den Kaufpreis verlieren würde (1700 a). Kraft eines solchen Vertrages würde der Anwalt allerdings nicht dem Kläger gegenüber, wohl aber gegenüber dem Beklagten als Uebernehmer des Prozesses erscheinen und es wäre nach dem Grund und Zweck des Gesetzes gar nicht zu begreifen, wie diese Uebernahme des Prozesses dem Anwalt erlaubt sein könnte, während ihm die Uebernahme der klägerischen Rolle verboten ist. Der Umstand, ob der Anwalt offen oder versteckt der eigentliche Prozeßgegner ist, kann hier durchaus keinen Einfluß haben, sonst wäre ja das Gesetz sehr leicht zu umgehen z. B. durch Unterschieben dritter Personen, was aber bekanntlich die Anwendung des Satzes 1597 nicht hindert.

Im vorliegenden Falle war das Uebernehmen der Prozesse, soweit Kesselstatt darin Beklagter war, allerdings eine Last, die Rindeschwender neben der Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises auf sich lud; allein er hatte gegen diese sammt und sonders übernommenen Verbindlichkeiten auch den Vortheil, daß ihm das Miteigenthum übertragen wurde. Die Möglichkeit, den Prozeß durch Verzicht niederzuschlagen, ist bei Uebernahme der aktiven wie der passiven Rolle vorhanden und kann natürlich die Vorschrift des Satzes 1597 nicht unwirksam machen. R.

Digitized by Google

1) in dem §. 8 unter Andern:

„dagegen übernimmt ferner der Herr Käufer sämmtliche „Prozesse, die sich aus der Verwaltung der Grundherr„schaft Neuweiher ableiten, oder welche aus Verbindlichkeit „entspringen, die auf dem Gute ruhen und gegen dritte „Nichttheilhaber dieser Grundherrschaft geführt werden, in „ihrem dermaligen Stand, auf seine Gefahr und Ko„sten, pro rata des erkauften Antheils."

Allerdings erinnert der Ausdruck: „der Käufer übernimmt sämmtliche Prozesse" an das Verbot des Art. 1597; aber dieser Schein muß sogleich schwinden, wenn man sich nur vergegenwärtigt, wovon denn eigentlich dieser Passus des §. 8 spricht. Augenscheinlich ist da die Rede von Schulden und Verbindlichkeiten der Grundherrschaft und von Prozessen, welche wegen solcher Schulden und Verbindlichkeiten gegen die Gutsherrn von Neuweiher geführt werden. Indem nun der Käufer sich zu dieser passiven Uebernahme von Prozessen auf seine Gefahr und Kosten versteht, also eine Last auf sich nimmt, ist er doch wahrlich kein Prozeßkäufer im Sinne des Art. 1597!

2) Ganz eben so verhält es sich mit der Bestimmung des §. 9; nur daß hier nicht von Prozessen die Rede ist, welche dritte Personen gegen die Gutsherrn von Neuweiher führen, sondern von solchen Prozessen, welche der eine Miteigenthümer von Neuweiher gegen den Kesselstattischen Stamm führt. Es steht da:

„Der Herr Käufer übernimmt weiters die alleinige Ver„tretung des Gräflich von Kesselstattischen Stammes, rück„sichtlich der schon formirten oder künftig erhoben werdenden „Ansprüche der Frau Sophie Asmut, welche Ansprüche „sich auf den Grund des Genusses und der Verwaltung „der Grundherrschaft Neuweiher beziehen, auf seine Ge„fahr und Kosten in der Art, z. B.:

1) „daß er für seine alleinige Rechnung eine etwaige „Klage gegen den Kesselstattischen Stamm auf Rech„nungsstellung — entweder gerichtlich bekämpft, oder

2) „daß er solche Rechnung stellt, oder stellen läßt;

Digitized by Google

3) „daß er jeden Entschädigungsanspruch von jeder Art
„und jeder Größe an Frau Asmut abtilge. —
„Der Herr Käufer wird deßhalb in jeden Rechtsstreit, den
„die Asmut'sche Ehefrau aus den gedachten Gründen gegen
„den Kesselstattischen Stamm erhebt, als Hauptintervenient
„eintreten, den Prozeß für sich, auf seinen Beutel bis zur
„Entscheidung in letzter Instanz fortführen und an der
„Stelle des von Kesselstattischen Stammes aus seinem Ver-
„mögen den rechtskräftig ergehenden Urtheilen der Gerichte
„Genüge thun oder Entschädigung leisten."

Der wesentliche Inhalt dieses Paragraphen läßt keine Miß-deutung zu. Der Herr Käufer verpflichtet sich, den Kesselstatti-schen Stamm gegen alle und jede Rechtsansprüche sicher zu stellen, die die Frau Asmut gegen denselben, entweder schon zur Zeit des abgeschlossenen Kaufvertrags geltend gemacht hatte, oder künftig geltend machen würde. Eine solche Sicherstellung oder Liberirung kann aber in einer doppelten Weise vorkommen. Man tritt näm-lich entweder durch ein mit dem Gläubiger des zu liberirenden Schuldners abzuschließendes Rechtsgeschäft, durch eine expromissio, ganz an die Stelle des ursprünglichen Schuldners, und dadurch wird allerdings die Liberirung am vollständigsten bewirkt, indem ja nun der Schuldner ipso jure aus allem obligatorischen Nexus mit seinem Gläubiger heraustritt. Aber die Anwendung dieses Mittels hängt begreiflich nicht von dem bloßen Willen des Pa-ziscenten ab, indem es dazu stets der Beistimmung und Mitwir-kung des Gläubigers bedarf.

Oder man verpflichtet sich nur, dem zu liberirenden Schuld-ner gegenüber, ihm Alles das zu leisten und resp. zu ersetzen, was er an seinen Gläubiger zahlen muß; und bei diesem Wege bedarf es natürlich nicht der Zustimmung des Gläubigers, weil ja dadurch das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und seinem ursprünglichen Schuldner gar nicht berührt wird.

Je nachdem der eine oder andere dieser beiden Wege einge-schlagen wird, ist natürlich auch die prozessualische Stellung des Paziscenten eine ganz verschiedene.

Digitized by Google

Im Falle der expromissio tritt der expromissor vollständig an die Stelle des frühern Beklagten, und der Prozeß wird nun ausschließlich gegen ihn fortgeführt. Im zweiten Falle, aber tritt natürlich in Betreff der ursprünglichen Prozeßpartien nicht die mindeste Veränderung ein und der Paziscent hat nur das Recht, sich in Gemäßheit des §. 104 der Pr.-O. von 1832 als Nebenintervenient einzumischen, indem ihm ja, wegen seines besondern Vertrags mit dem Schuldner, aus dem Unterliegen desselben ein Nachtheil erwachsen würde. Hierbei kann es denn auch zu noch größerer Erleichterung des zu liberirenden Schuldners nach §. 109, Ziff. 1 der Prozeßordnung geschehen, daß ein solcher Nebenintervenient den Prozeß allein auf sich nimmt, indem er sich von der Partei, welcher er beitritt, bevollmächtigen läßt, wozu es nach §. 110 der Pr.-O. der Zustimmung der Gegenpartie nicht bedarf.

Fragt man nun, welcher dieser beiden Wege in unserm Falle wirklich eingeschlagen worden sei, so ist an den ersteren schon von vorneherein gar nicht zu denken, eben weil ja dazu immer die Beistimmung und Mitwirkung des Gläubigers erfordert wird, die Frau Asmut aber gar nicht einmal zugezogen worden ist, vielweniger die Beistimmung zu einer solchen expromissio gegeben hat.

Es kann also nur die zweite Art der Liberirung, die mittelbare, hier beabsichtiget worden sein, und daß sie auch wirklich allein beabsichtiget worden ist, geht mit Evidenz schon daraus hervor, daß nach dem Wortausdruck des §. 9 fortwährend der Kesselstattische Stamm als der Beklagte erscheint, dem der Käufer nur als Intervenient zur Seite zu treten verspricht. Daß hier von einer Hauptintervention gesprochen wird, beruht nur auf einer irrigen Rechtsauffassung und es kann dadurch die wahre Intention der Partien keinen Augenblick verdunkelt werden.

Wenn es nun hiernach unzweifelhaft ist, daß der Käufer in diesem Paragraphen nichts weiter gethan hat, als daß er dem Verkäufer verspricht, die Gefahr gegenwärtiger oder künftiger Prozesse, welche die Frau Asmut gegen denselben entweder bereits

Digitized by Google

angestellt hat, oder künftig noch anstellen würde, auf sich zu nehmen, also ihn gegen die möglichen nachtheiligen Folgen solcher Prozesse sicher zu stellen, so muß es geradezu als unmöglich erscheinen, in einer solchen Verabredung einen Prozeßkauf zu finden, und den Landrechtssatz 1597 darauf in Anwendung zu bringen.

3) Was endlich den §. 11 des Kaufvertrags anlangt, so übernimmt hier der Käufer die Verpflichtung, sämmtliche bereits erwachsenen und noch nicht bezahlten Prozeßkosten, welche für den Kesselstattischen Stamm aus den verschiedenen Prozessen mit der Frau Asmut entstanden waren, zu bezahlen; eine Verpflichtung, die augenscheinlich weiter nichts als eine Erhöhung des Kaufpreises ist, und wobei man auch nicht entfernt an einen Verstoß gegen den L.R.S. 1597 denken kann.

Hierauf fährt der §. 11 fort:

„Die gleiche Bedingung wird auch rücksichtlich der gegen „Asmut und die Frau von Fechenbach von Seiten des „Herrn Edmund Grafen von Kesselstatt erhobenen Thei„lungsklage gestellt, und dem Herrn Käufer frei gegeben, „sie als von heute an beim Gerichte für niedergeschlagen „zu erklären, oder sie für seine Rechnung mit Rechten und „Lasten aufzunehmen und fortzuführen."

Der erste Passus geht wieder nur darauf, daß die bereits aus dem Theilungsprozeß erwachsenen Kosten zu Lasten des Käufers fallen sollen, daß also um so viel, als diese Kosten betragen, der Kaufpreis erhöht sein soll, was ganz unverfänglich ist.

Die anderweite Bestimmung aber, daß es dem Käufer frei gestellt sein soll, den Theilungsprozeß für niedergeschlagen zu erklären, oder ihn auf eigene Rechnung fortzusetzen, enthält ein reines superfluum, indem sie nur mit ausdrücklichen Worten ausspricht, was sich auch ohnedies ganz von selbst verstanden hätte.

Für den Verkäufer war natürlich mit dem Aufhören des Miteigenthums alles rechtliche Interesse an der Fortsetzung des Theilungsprozesses weggefallen, und für ihn folglich diese Fort-

Digitized by Google

setzung unmöglich geworden; an seine Stelle trat der Rechtsfolger, von dessen freiem Willen und Bestimmung es abhängig war, ob er dem Prozeß entsagen, oder ihn in dem Stande, in welchem er sich gerade befand, aufnehmen und fortsetzen wollte; vergl. Pr.-O. §. 801.

Gerade dieses und nichts weiter sagt nun der alleg. §. 11 des Kaufvertrags und es ist daher einleuchtend, daß, wenn ohne diese vertragsmäßige Bestimmung der Rindeschwendersche Kauf keinen Verstoß gegen den L.R.S. 1597 enthält, — was ich in den vorhergehenden Paragraphen bewiesen zu haben glaube, dieser §. 11 des Kaufvertrags unmöglich die Anwendung jener gesetzlichen Vorschrift rechtfertigen kann.

Aus diesen wesentlichen Gründen glaube ich die von dem Herrn Hofgerichtsadvokaten Rindeschwender mir zur Begutachtung vorgelegte Frage entschieden **verneinen** zu müssen, und ich bezeuge nur noch schließlich mit meiner eigenhändigen Namensunterschrift und Beidrückung meines Siegels, daß dieses Gutachten nicht etwa aus dem Wunsche, pro quærente zu respondiren, hervorgegangen, sondern daß es der reine Ausdruck meiner vollen rechtlichen Ueberzeugung ist, die sich aus der gewissenhaftesten und sorgfältigsten Prüfung der einschlagenden Gesetze gebildet hat.

Heidelberg, im August 1847.

Dr. v. Vangerow,
ordentlicher Professor der Rechtswissenschaft
an der Universität Heidelberg.

---

3. Gutachten des Hofraths Maier.

Außer den schon im vorigen Gutachten erörterten Fragen wird hier weiter geltend gemacht, daß die Nichtigkeit jedenfalls nur einzelne Theile des Kaufvertrages berühre, und da dieser nicht untheilbar sei, nicht den ganzen Vertrag umfassen könne, daß ferner die Klägerin zur Verfolgung der Nullität nicht legitimirt

Digitized by Google

sei. Für die letztere Behauptung werden folgende Gründe aufgestellt:

Als unzweifelhaft muß vorangestellt werden, daß die im L.R.S. 1597 gedrohte Nichtigkeit nicht kraft Gesetzes eintritt, weil das Gesetz solches nicht besagt (?), daß darum die Vernichtung des fraglichen Vertrags mittelst Klage bei dem Richter nachgesucht werden muß, wie dies nach L.R.S. 6 h. bei allen Vorgängen Rechtens ist, aus welchen Veränderungen in Rechtsverhältnissen der Staatsbürger entspringen. Es erhebt sich also die Frage, wer befugt sei, die Nichtigkeitsklage zu erheben, wenn ein Rechtsgeschäft in Gemäßheit des L.R.S. 1597 nichtig ist; der Käufer (Cessionar), der Verkäufer (Cedens), oder eine dritte Person (insbesondere der abgetretene Schuldner)?

Käufer war in dem Vertrage vom 23. Jänner 1838 der Widerbeklagte; seine Gegnerin kann also hier nur auftreten entweder kraft eigenen Rechtes, als dritte, bei jenem Geschäfte nicht mitwirkende Person, oder kraft abgeleiteten Rechtes als Stellvertreterin des Verkäufers, dessen Rechte in dem vorgelegten Vertrage vom 25. Juli 1842 auf die Widerklägerin sollen übergetragen worden sein.

Eine dritte Person kann aber die Nichtigkeit nur in so fern geltend machen, als ihr Recht berührt wird; denn der Grundsatz gilt allgemein, daß Vorgänge unter Andern Niemanden schaden und Niemanden nützen. L.R.S. 1165. Das Recht der Räthin Asmut reicht aber nicht weiter, als daß Advokat Rindeschwender gegen sie die Theilungsklage nicht erhebe, oder auch den vom Grafen Edmund von Kesselstatt begonnenen Prozeß wegen Bauverwendung in der Meierei ꝛc. gegen sie nicht fortführe (§. 3. a. c.) und davon ist hier nirgends die Rede. Die Räthin Asmut, welche bei dem Kaufe des Advokaten Rindeschwender nicht Vertragsperson war, kann vermöge eigenen Rechtes die Nichtigkeit des Vertrages nur im Wege der Vertheidigung als Einreden gegen etwaige Klagen des Käufers geltend machen, daraus aber kein Rechtsverfolgungsmittel, ein Klagrecht, ableiten. Dies ergibt sich schon aus der Geschichte unseres Gesetzes, indem nach

römischem Recht der abgetretene Schuldner gegenüber dem mächtigern Cessionar von dem abgetretenen Anspruche befreit wurde. Es floß aus der Cession eine exceptio für den Schuldner und darin liegt nicht zugleich eine actio; nur der umgekehrte Satz ist richtig, daß eine actio, soweit dies an sich möglich ist, auch als exceptio gebraucht werden kann.

Alles kommt also darauf an, ob die Widerklägerin als Rechtsnehmerin des Gräflich von Kesselstattischen Stammes zur Sache legitimirt sei; ob der von Kesselstattische Stamm selbst, als Verkäufer, die Nichtigkeitsklage gegen den Käufer hätte erheben können, wobei indessen hier nicht näher erörtert werden soll, in wie fern die behauptete Cession vom 25. Juli 1842 auch wirklich erwiesen sei.

Konnte der von Kesselstattische Stamm es nicht, so fällt auch die Cession, weil Niemand mehr Recht, als er selbst hat, auf einen Andern übertragen kann.

Die Antwort auf die gestellte Frage fällt jedoch bald bejahend, bald verneinend aus, und es ist darum näher zu zeigen, daß die verneinende Meinung den Vorzug verdient. Und dafür liegt eine mächtige Stütze bereits im römischen Rechte, welches den Verlust der Forderung für den Gläubiger aussprach, also ein Rückforderungsrecht des Cedenten ausschloß.

Alle Stimmen sind nämlich darüber einig, daß der Käufer (Cessionar) mit einer Nichtigkeitsklage gegen den Verkäufer (Cedenten) nicht auftreten kann, weil Niemand aus seinem Vergehen ein Klagrecht erwerben soll (nemo ex delicto suo actionem consequi debet).

Ist aber die Handlung des Käufers eine rechtswidrige, so ist der Verkäufer, welcher das Gesetz gleichfalls kennen mußte, Mitschuldiger an der unrechten That, somit der angeführte Grundsatz auch auf ihn anwendbar, wie solches ausdrücklich anerkannt wird in der Regel, daß für den Inhaber gesprochen, also der Vollzug aufrecht erhalten werden soll, wo der Eigenthümer ebenfalls widerrechtlich gehandelt hat (in pari turpitudine melior est conditio possidentis.) Mit Recht versagt deßhalb Duranton (traité des contrats tom. I, Nr. 256 und cours de droit Français tom. XVI. Nr. 145) dem Verkäufer

Digitized by Google

das Klagrecht, welchem sonst gestattet würde, seine eigenen Handlungen anzufechten und zwar im vorliegenden Falle ein Rechtsgeschäft, worin der Verkäufer noch förmlich versprochen hat, für die Genehmigung desselben von allen Mitbetheiligten gut zu stehen, wie dies aus den §§. 6 und 18 des Kaufvertrags von 1838 klar hervorgeht, der von Seiten des Verkäufers in den Hauptbestimmungen längst vollzogen und freiwillig erfüllt ist.

Gegen Duranton verfechten Duvergier und Troplong die bejahende Meinung, weil die im L.R.S. 1597 gedrohte Nichtigkeit auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhe und weil nach der verneinenden Meinung ein nichtiger Vertrag gegen die Bestimmung des L.R.S. 1131 Rechtswirkungen hervorbringen würde, wenn dem Verkäufer nicht gestattet wäre, das Rechtsgeschäft auch nach der Vollziehung anzugreifen.

Diese Gegner haben aber vorerst die Richtigkeit ihrer Gründe nachzuweisen, ehe sie damit eine Abweichung von den durch Duranton verfochtenen Grundsätzen rechtfertigen wollen.

Irrig ist nämlich der Satz, daß Nichtigkeiten des öffentlichen Rechts von allen Betheiligten geltend gemacht werden können, wenn derselbe als ausnahmslose Regel hingestellt wird. Der Mangel ehemännlicher Ermächtigung zu einem Rechtsgeschäfte kann nicht von sämmtlichen Betheiligten angeführt werden, L.R.S. 225, und doch ist diese Nichtigkeit aus dem öffentlichen Rechte abzuleiten, ne uxor turpem quæstum faciat. Ebenso ist die weitere Annahme zu bestreiten, daß das Verbot des L.R.S. 1597 ausschließlich oder vorzugsweise auf dem öffentlichen Rechte beruhe. Das römische Recht weiß davon lediglich nichts; es wollte den Schwächern gegen Ränke eines Mächtigern in Schutz nehmen.

Ein anderer Grund wurde auch in den Ordonnanzen der französischen Könige nicht angegeben; im Gegentheil erklärte Portalis dem gesetzgebenden Körper gleich von vornherein: „cette disposition est la sauvegarde des justiciables,“ und erst im Verfolge führte er aus, daß die öffentlichen Beamten sich selbst erniedrigen, wenn sie die Rolle einer obrigkeitlichen Person mit jener eines Unterdrückers vertauschen. Das öffentliche Interesse

Digitized by Google

wird somit nur angezogen, um den privatrechtlichen Beweggrund zu verstärken, ein Verhältniß, welches gewiß auch im römischen Rechte seine Würdigung gefunden hat.

Eben so unrichtig, wie das Klagrecht eines jeden Betheiligten aus Gründen des öffentlichen Rechts abgeleitet wird, ist dasselbe von Andern darin gefunden worden, daß ein nach L.R.S. 1597 verbotenes Rechtsgeschäft keine Wirkung haben dürfe. Dieser Satz ist nämlich nur in so fern richtig, als der Umfang der Nichtigkeit bereits feststeht; er kann aber nicht benützt werden, um diesen Umfang erst zu bestimmen.

Die Rechtshandlung einer Ehefrau ist wegen Mangels der Ermächtigung des Ehemannes nicht unbedingt nichtig, und eben so wenig der erlistete oder erzwungene Vertrag; es muß erst eine Anfechtungsklage erhoben werden, und nur wenn diese begründet (insbesondere vom rechten Kläger angestellt) und bewiesen ist, spricht der Richter aus, daß und wie weit eine Rechtswirkung nicht hervorgebracht werde. Das Gesetz L.R.S. 6 m und 6 n hat sogar noch ausdrücklich verordnet, daß ein Rechtsgeschäft so weit möglich aufrecht erhalten werden, und im Falle der Theilbarkeit die Nichtigkeit eines Theils den übrigen Theilen keinen Nachtheil bringen soll (utile per inutile non vitiatur.) Es ist also rechtlich denkbar, daß eine Nichtigkeit nur in gewissen Beziehungen wirksam sei, und dies ist denn auch in unserm Falle hinreichend, um den Zweck des Gesetzes zu erreichen.

Um den Schwächern gegen den Mächtigern sicher zu stellen, genügt es weitaus, wenn der Schwächere, als abgetretener Schuldner, die Nichtigkeit dort geltend machen darf, wo das Rechtsgeschäft in den Kreis seiner Befugnisse herein reicht.

Dem Rechtsgeber oder Verkäufer die Nichtigkeitsklage und gar gegen ein bereits vollzogenes Geschäft einzuräumen, dazu bedürfte es eines bestimmten Ausspruches um so mehr, als das Verbot des L.R.S. 1597 überhaupt eine Ausnahme (ein jus singulare) darstellt.

Wenn endlich die Widerklägerin für ihre Widerklage daraus etwas ableiten will, daß der Widerbeklagte mit seiner Vorklage

Digitized by Google

auf Theilung abgewiesen worden ist, so ließe sich eine rechtliche Möglichkeit der Rückwirkung nur aus einer etwa eingetretenen Rechtskraft rechtfertigen. Die Gegnerin müßte also nachweisen, daß eadem quaestio inter easdem personas revocatur, l. 7. §. 4. D. de rei jud. (44. 2.). Ist es aber *eadem* quaestio, wenn der Vorkläger Theilung begehrte und jetzt die Widerklägerin das Eigenthum in Anspruch nimmt? Hat die Beklagte etwa eine *actio* judicati, weil ihr Gegner abgewiesen wurde? u. s. w.

---

4. Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe zum Urtheil über die Wiederklage.

Die Grundherrschaft Neuweiher war theils durch Erbgang, theils durch Käufe in das ungetheilte Miteigenthum der gräflich von Kesselstattischen Familie, der Freifrau von Fechenbach-Sommerau und der Sophie Asmut, geborenen von Fechenbach, gekommen. Diese Gemeinschaft veranlaßte eine Menge von Streitigkeiten und Prozessen unter den Theilhabern, und es war namentlich die Kesselstattische Familie mit dem Rath Asmut, Namens seiner Ehefrau, in eine Reihe von Rechtsstreitigkeiten über Genuß und Verwaltung des Miteigenthums verwickelt, wobei Advokat Rindeschwender die Kesselstattische Familie als Anwalt vertrat.

In der ausdrücklich erklärten Absicht, diesen Streitigkeiten vorzubeugen, begehrte die Kesselstattische Familie durch ihren Anwalt gerichtlich die Theilung des Miteigenthums, und Rath Asmut, welcher durch verschiedenartige Einwendungen gegen die Theilungsklage einen Prozeß über die Theilung herbeigeführt hatte, suchte in derselben Absicht durch einen Vergleich mit dem Kläger in den Besitz des Antheiles desselben zu gelangen. Während nun einerseits die Theilungsklage nebst mehreren anderen Prozessen vor Gericht schwebte, und andererseits, ebenfalls unter Vermittlung des Advokaten Rindeschwender als Kesselstattischer Bevollmächtigter, die Vergleichsverhandlungen gepflogen wurden, nachdem ferner Rindeschwender schon am 19. Mai 1837 einen Theil des

Digitized by Google

Asmut'schen Miteigenthums auf die Weise an sich zu bringen versucht hatte, daß er sich die rückständige Kaufschillingsforderung cediren ließ und eine Auflösungsklage wegen Nichtzahlung gegen Asmut anstellte, kaufte Rindeschwender am 23. Januar 1838 für sich selbst den Kesselstattischen Antheil und übernahm zugleich alle anhängigen und bevorstehenden Prozesse aus dieser Gemeinschaft auf eigene Gefahr und Kosten.

Durch diesen Vertrag mit seiner Clientschaft war also Rindeschwender in eine Gemeinschaft eingedrungen, die sich bereits als eine reichhaltige Quelle von Prozessen bewährt hatte, und nach dem Inhalte des Vertrages selbst noch weitere Prozesse in nahe Aussicht stellte. Er hatte ferner den Erfolg und Ausgang aller dieser Prozesse, in denen er bisher nur als Anwalt eines Betheiligten erschienen war — und zwar die passiven als Theil der Gegenleistung für den Vortheil der Erlangung des Miteigenthums zu seiner eigenen Vermögensangelegenheit gemacht, weßhalb er auch sogleich nach dem Kaufe in eigener Person und auf eigene Rechnung die Rolle des Theilungsklägers übernahm und sämmtliche Rechtsstreite für sich fortsetzen wollte.

Ein derartiges, selbstbetheiligtes, Eindringen in fremde Prozesse und insbesondere das Uebernehmen der activen und passiven Rolle auf eigene Gefahr und Kosten gegen einen bestimmten Vortheil (redemtio litis) war schon nach römischem Rechte als ein den guten Sitten widerstreitender Vertrag bezeichnet und insbesondere den Anwälten bei Strafe der Absetzung untersagt.

Lex 15 Codicis de procurat. 2. 13;
Lex 20 Codicis Mandati 4. 35;
Lex 9 §. 2 Digestorum de officio proconsul. 1. 16;
Vergl. besonders Mühlenbruch Cession Seite 362.

Auch sollten die Anwälte mit ihren eigenen Clienten überhaupt keine Verträge abschließen, um jeden Schein der Unredlichkeit zu vermeiden.

Lex 6 §. 2 Codicis de postul. 2. 6;
Civil. Archiv 12. Bd. Seite 202.

Eben so und aus gleichen Gründen haben der L.R.S. 1597,

Digitized by Google

sowie der §. 159 der Pr.=O. die eigene Betheiligung der Anwälte bei dem Ausgang der Prozesse als eine der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten widerstreitende Handlung verboten.

Das erstere dieser Verbote hat mit Vorsicht und um jede Form der Betheiligung zu treffen, ausdrücklich das Eintreten in Prozesse, Klagen und streitige Rechte für nichtig erklärt, weßhalb das Eintreten in eine Gemeinschaft, aus der Prozesse aller Art entstanden sind und bei jeder Handlung eines Miteigenthümers neu zu erwachsen drohen, schon nach den Worten des Gesetzes als dem Verbote unterworfen angesehen werden muß. Dieses kann aber noch weniger einem Zweifel unterliegen, wenn man auf den bekannten Grund und Zweck dieses Gesetzes, so wie auch darauf Rücksicht nimmt, daß der L.R.S. 841 das Eintreten in eine fremde Gemeinschaft ohnehin schon mit Ungunst behandelt, indem solche Käufer mit Bezug auf das Anastasianische Gesetz als alienis fortunis inhiantes in den Motiven bezeichnet sind.

Poncelet motifs I. pag. 360.

Zwar ist gegen die Anwendung des Verbotes auf den vorliegenden Kauf die Behauptung aufgestellt worden, daß Alles nur darauf ankomme, ob nach dem römischen und landrechtlichen Begriffe der Litigiosität der erworbene ideelle Antheil an der Grundherrschaft eine streitige Sache gewesen sei, daß aber ein solcher Streit zur Zeit des Kaufes überall nicht bestanden habe und daß durch das Anbringen der Theilungsklage das Eigenthum selbst niemals habe Streitgegenstand werden können. Wollte man indessen auch annehmen, daß die Größe des ideellen Antheils im Theilungsprozesse nicht Streitgegenstand (res litigiosa) gewesen, so bleibt doch die Voraussetzung, als entscheide hier lediglich der prozessualische Begriff der Litigiosität einer Sache, eine durchaus unrichtige.

Nach den Motiven des Gesetzes, nach der einstimmigen Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer und nach einer Reihe von Präjudicien besteht nämlich zwischen dem Verbote des L.R.S.

Digitized by Google

1597 und den Bestimmungen der L.R.S. 1699 und 1700 oder §. 257 der Pr.=O. ebensowenig Verwandtschaft und innerer Zusammenhang, als zwischen dem römischen Verbote einer Veräußerung litigioser Sachen und dem Verbote der Prozeß=Redemtion. Die wegen Litigiosität einer Sache verbotene Veräußerung beruhte auf rein objectiven, aus dem Wesen des Streitverhältnisses hergeleiteten Gründen und hatte mit den persönlichen Verhältnissen des Erwerbers nichts zu schaffen, während bei der Bestimmung des L.R.S. 1597 gerade umgekehrt die Standesverhältnisse des sich betheiligenden Dritten den Grund für das Verbot der Erwerbung ausmachen, woraus von selbst folgt, daß der L.R.S. 1597 unmöglich als ein Ueberbleibsel der in Frankreich ohnehin nie aufgenommenen Nichtigkeit der Veräußerung einer res litigiosa erscheinen und hieraus in irgend einer Weise seine Erläuterung und Ergänzung finden kann. Nur eine Vergleichung des einzelnen Falles mit dem Grund und Zweck des Gesetzes bildet den Maßstab für dessen Anwendung, und wie diese bei den im öffentlichen Interesse und aus sittlichen Gründen verbotenen Verträgen überhaupt dem richterlichen Ermessen anheim gegeben ist, so tritt solches auch hier ein; denn der L.R.S. 1597 enthält in Wahrheit kein Ausnahmsgesetz, sondern nur eine Anwendung der höheren, für das ganze Rechtssystem ausgesprochenen Regel der L.R.S. 1131 und 1133. Hierbei kommt es aber auf eine Untersuchung der Frage: ob im einzelnen Falle eine unredliche Absicht des Erwerbers obgewaltet habe oder nicht, durchaus nicht an, weil die Handlung für sich allein und ohne Rücksicht auf die Beweggründe zur Abweisung jedes Verdachtes verboten ist. Zu diesem Grundsatze haben sich die Ausleger des französischen Rechts einstimmig bekannt, und der Gerichtshof, welcher aus diesen Gründen schon früher die obenerwähnte Auflösungsklage verworfen, und auch die Theilungsklage abgewiesen hat, muß einen Vertrag, wie den vorliegenden, wiederholt für nichtig erklären, da es nach Sinn und Geist des Gesetzes ganz gleichgültig ist, ob eine dem Eigenthume nach bestrittene oder eine in dieser Hinsicht zwar unbestrittene Sache, diese jedoch unter Umständen

Digitized by Google

und Bedingungen von einem Anwalte gekauft wird, vermöge welcher der Erwerber bei einer Reihe von Prozessen sich betheiligt und den Ausgang derselben mit der Sache selbst zu einem Gegenstande seines Vermögens macht, so daß alle diejenigen Nachtheile und Besorgnisse in vollem Maaße hervortreten, welche den Gesetzgeber zu dem Verbote solcher Handlungen bewogen haben.

Die entgegengesetzte Behauptung müßte zu dem juristisch-unmöglichen Resultate führen, daß zwar derjenige, welcher nur einzelne Prozesse in obiger Weise übernimmt, von dem Verbote des Gesetzes getroffen, daß dagegen derjenige, welcher nicht nur die einzelnen Prozesse, sondern zugleich damit ihre gemeinsame Quelle sich übertragen läßt und dadurch auch den Saamen zu künftigen Prozessen in sein Eigenthum zieht, der Verfolgung des Gesetzes entgehen würde.

Wie wenig auch das römische Recht in seinen Vorschriften gegen Veräußerungen in Rücksicht auf Prozesse Gewicht darauf legte, daß ein Prozeß nur mittelbar durch Uebertragung der Sache, auf die er sich bezieht, auf eine dritte Person überwiesen wurde, ergibt sich aus dem Titel der Digesten de alienatione judicii mutandi causa facta, welcher den Verkauf eines Grundstückes, wegen dessen ein Interdictum quod vi aut clam, eine actio pluviæ arcendæ, eine novi operis nunciatio oder eine actio communi dividundo bevorstand, in lex 3, §. 2 und lex 12 hoc titulo als eine derartige Veräußerung bezeichnet und dagegen ein Rechtsmittel, wenn gleich hier aus einem anderen Grunde, nämlich wegen Gefährde des Veräußerers gegeben hat.

Zwar ist ferner noch fürsorglich behauptet worden, daß die Nichtigkeit jedenfalls nicht den ganzen Kauf, sondern nur die dem Gesetze widerstreitenden Bestandtheile desselben treffen könne; allein der Vertrag bildet nach der Absicht der Parteien (L.R.S. 1218) so wie nach seinem Inhalte offenbar ein untheilbares Ganze, indem alle Rechte und Verpflichtungen zusammengenommen die Bestimmung des einen Kaufpreises und die Uebertragung des Eigenthums der ganzen Sache herbeigeführt haben, und keineswegs einzelne Verpflichtungen und einzelne, für

Digitized by Google

dieselben besonders bestimmte Gegenleistungen übernommen worden sind.

Troplong de la vente Nr. 251.

Muß nun hiernach der Rindeschwender'sche Kauf als ein verbotener Vertrag angesehen werden, so stand dem Veräußerer eine Klage auf Rückerstattung der übergebenen Sache zu und es konnte diese Klage von Seite des Berechtigten beliebig abgetreten werden. Der Kläger hat dabei nur die Verbindlichkeit, gegen Ausantwortung der Sache die dafür empfangenen Zahlungen dem Käufer zu ersetzen.

Es sind nämlich alle Verträge, welche das Gesetz verbietet, nichtig und wirkungslos, selbst wenn die Nichtigkeit nicht ausdrücklich angedroht wäre.

L.R.S. 61 und 1131.

Die gänzliche Wirkungslosigkeit eines Vertrages ist wesentlich verschieden von der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts, gleichwie der Gegensatz dieser beiden Arten der Ungültigkeit schon nach römischem Recht bestanden hat.

Vergl. v. Savigny, röm. Recht, IV. §. 202 u. S. 175, 218.

Ein gesetzlich für wirkungslos erklärter Vertrag kann insbesondere auch nicht die Wirkung haben, daß dadurch die Absicht der Parteien, das Eigenthum zu übertragen (L.R.S. 1138 und 1583) erreicht wird, vielmehr bleibt, ungeachtet der Uebereinkunft und der Uebergabe, das Eigenthumsrecht in den Händen des Veräußerers, und die Rückforderung der übergebenen Sache, wenn diese überhaupt einer Vindication empfänglich ist, kann gerade so geschehen, als ob ein Vertrag gar nicht wäre abgeschlossen worden. Es bedarf insbesondere zur Erreichung dieses Zweckes keiner Nichtigkeits- und Umstoßungsklage.

Ist mit der Rückforderung dennoch eine Anfechtung des Vertrages verbunden worden, so kann die Anfechtung nur als anticipirte Replik gegen die Einrede der verkauften und übergebenen Sache betrachtet werden, keineswegs aber die rechtliche Natur und das rechtliche Wesen der erhobenen Klage verändern.

Endlich kann der Replik der absoluten Nullität auch nicht die

Digitized by Google

Duplik entgegengesetzt werden, daß diese Nullität durch nachgefolgte Genehmigung oder Zeitablauf geheilt worden sei, weil da, wo eine Umstoßungsklage nicht existirt, ein Verzicht auf dieselbe nicht denkbar ist, außerdem aber ein vom Gesetze verbotener Vertrag auch nicht durch Genehmigung zur Gültigkeit gebracht werden kann. Diese Sätze hat schon Jaubert in seiner Rede über Satz 1304 ausgeführt,

Poncelet motifs I. pag. 482,

und dabei namentlich bemerkt, daß es keiner Nichtigerklärung durch den Richter bedürfe. Eben deßhalb wird solches auch anerkannt und näher entwickelt von

Troplong de la vente Nr. 249, 252;
Troplong de la préscription Nr. 132;
Duranton droit civil VIII. Nr. 523 und 524;
Windscheidt, die Ungültigkeit nach dem C. Nap. S. 76 ff.

Aus diesem Grunde hat man denn auch eine Nichtigerklärung des Vertrages im diesseitigen Urtheile nicht für nothwendig und angemessen erachtet. *)

Zwar wird von Duranton in Bezug auf die spezielle Nichtigkeit des L.R.S. 1597 die Behauptung aufgestellt, daß der Veräußerer kein Klagrecht besitze, weil auch er gegen das Gesetz gehandelt habe; allein diese Ansicht widerspricht den ganz allgemein lautenden Worten und noch mehr dem Geiste des Gesetzes, wie nachgewiesen ist von

Troplong de la vente und
Windscheidt loco citato S. 113,
Duvergier de la vente Nr. 200,

welch' letzterer sogar die Ansicht ausspricht, daß die Nichtigkeit des L.R.S. 1597 nicht nur von allen Betheiligten, sondern im öffentlichen Interesse selbst vom Staatsanwalte geltend gemacht werden könne.

---

*) Es wurde also hier diejenige Theorie über Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte angenommen, welche in der Anmerkung zu Nr. III. näher ausgeführt ist.

Digitized by Google

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß der Kesselstattische Stamm berechtigt war, sein, dem Advokaten Rindeschwender überlassenes Miteigenthum von diesem zurückzufordern, und es würde demselben auch die Nichtigkeitsklage zugestanden sein, wenn er einer solchen zur Geltendmachung seiner Rückforderung bedurft hätte.

Auch die Abtretung dieser Klagen, insbesondere der Vindication, an die Wiederklägerin kann keinem Anstande unterliegen (L.R.S. 1598), indem diese letztere und ebenso die etwa erforderliche Nichtigkeitsklage als ein cessibler Theil des Vermögens anzusehen ist.

Troplong de la vente Nr. 879, 224.

Die Verbindlichkeit zur Rückzahlung des empfangenen Kaufschillings, welche hier, ähnlich wie im Falle des Satzes 2280, mit der Rückforderung verknüpft ist, hat nicht die Natur einer vertragsmäßig übernommenen und dem Gegner ein selbstständiges Klagrecht auf Erfüllung gewährenden Verbindlichkeit, so daß diese Verbindlichkeit die Cession hindern könnte, sondern sie erscheint lediglich als eine dem Inhaber des Klagerechts auferlegte Bedingung für die Ausübung desselben u. s. w.

B. Umfang der Rechtskraft.

Die zweite von Adv. Rindeschwender erhobene Theilungsklage wurde ob rem judicatam verworfen und die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts zu diesem Erkenntniß lauten dahin:

Die von dem Kläger erhobene Theilungsklage wird zunächst von der Beklagten durch die zerstörliche, als prozeßhindernd vorgeschützte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, und die ebenfalls als prozeßhindernd vorgeschützte Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache bestritten.

Zur Begründung der ersten Einrede wird erfordert:

a. daß der Gegenstand der Klage derselbe ist;

b. daß die Klage auf demselben Grunde beruht;

Digitized by Google

c. daß der Prozeß unter denselben Parteien geführt wurde; und
d. daß derselbe für und wider dieselben in gleicher Eigenschaft Statt hatte.

Zur thatsächlichen Begründung dieser Einrede bezog sich die Beklagte auf die von dem Kläger anerkannten Prozeß-Akten des Großherzoglichen Hofgerichtes zu Rastatt und auf die diesseitigen Akten:

„in Sachen des Grafen Edmund von Kesselstatt zu Trier
„nun des Advokaten Rindeschwender zu Rastatt, Klägers,
„Appellanten, gegen die Freifrau von Fechenbach zu Würz-
„burg und den Rath Asmut uxoris nomine zu Neuweiher,
„nunmehr die Letztere, Beklagte, Appellaten,
„Theilung der Grundherrschaft Neuweiher, insbesondere
„die Legitimation des Advokaten Rindeschwender betr.

Aus diesen Akten und den besonders bezeichneten Aktenstücken geht hervor, daß der Graf von Kesselstatt am 1. Mai 1836 durch seinen bevollmächtigten Anwalt, den jetzigen Kläger, gegen die Freifrau von Fechenbach und die jetzige Beklagte, als Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher bei dem Großherzoglichen Hofgerichte zu Rastatt eine Theilungsklage anhängig machte, worin er bat, die Grundherrschaft Neuweiher unter den von ihm in §. 6 der Klage angegebenen Bedingungen öffentlich versteigern zu lassen und ihm den $^{1853}/_{4620}$ des Erlöses zuzuscheiden, daß diese Klage aber von der jetzigen Beklagten aus mehreren Gründen bestritten wurde, und daß der jetzige Kläger, nachdem dieser Rechtsstreit bis zum Beweisverfahren gediehen war, in einer von ihm im eigenen Namen am 15. Juli 1838 übergebenen Beweisantretungs-Schrift erklärte, daß ihm der Gräflich von Kesselstattische Stamm am 23. Januar 1838 seinen Antheil an der Grundherrschaft Neuweiher mit allen darauf ruhenden Rechten und Lasten eigenthümlich verkauft, daß er nach dem §. 9 der von ihm vorgelegten Kauf-Urkunde als Hauptintervenient in alle Prozesse der Asmut'schen Ehefrau gegen den Grafen von Kesselstatt einzutreten habe, und daß ihm insbesondere durch den §. 10 des Kaufvertrages freigestellt sei, die von dem Grafen von Kesselstatt

Digitized by Google

anhängig gemachte Theilungsklage entweder niederzuschlagen oder sie für seine, des Käufers, Rechnung und Kosten aufzunehmen und fortzusetzen.

Advokat Rindeschwender bat deswegen, ihn in allen, in den §§. 8, 9 und 10 bezeichneten Prozessen, insbesondere dem Rath Asmut uxoris nomine gegenüber, active et passive legitimirt zu erachten.

(Hofg.-Akten pag. 393 — 396.)

In der hierauf am 20. September 1838 von dem Beklagten übergebenen Erklärung wurde jedoch die Legitimation des Adv. Rindeschwender zur Sache aus dem doppelten Grunde bestritten, weil er nicht als Haupt-Intervenient auftreten könne, indem er kein selbstständiges, eine oder beide Hauptparteien ganz oder theilweise ausschließendes, Interesse verfolge, daß er aber als Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstattischen Stammes zur Sache nicht legitimirt sei, weil er den dem Kesselstattischen Stamme gehörigen Antheil an der Grundherrschaft Neuweiher nicht hätte erwerben können, dieser Erwerb vielmehr in Gemäßheit des

L.R.S. 1597

ungültig sei.

Aus diesen Gründen wurde auch am 18. August 1841 von dem Großherzoglichen Hofgerichte des Mittelrhein-Kreises erkannt:

„daß der als Rechts-Nachfolger des Gräflich von Kessel-„stattischen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender „zur Fortsetzung des Rechtsstreites in eigenem Namen für „nicht legitimirt zu erklären und in sämmtliche Kosten „zu verfällen sei, welche seit Uebergabe seiner Beweis-An-„tretung vom 19. Juli 1838 entstanden sind."

Aus denselben Gründen, auf welchen dieses Erkenntniß beruht, wurde dasselbe auf die von dem Advokaten Rindeschwender eingeführte Berufung am 7. Januar 1842 von dem Großherzogl. Oberhofgerichte bestätigt.

Aus einer Vergleichung dieses früher entschiedenen Rechtsstreites mit dem jetzt zur Entscheidung vorliegenden Rechtsstreite ergibt sich aber ganz unzweifelhaft, daß zwischen beiden nicht nur

Digitized by Google

in der Hauptsache, sondern auch insbesondere in dem die Legitimation des Advokaten Rindeschwender betreffenden Zwischenstreit die vollständigste Identität vorhanden ist, daß mithin die Rechtskraft der in dem früheren Rechtsstreite ergangenen Entscheidung der jetzt wiederholt erhobenen Theilungsklage im Wege steht.

Es hatte nämlich

1) die früher erhobene Klage, wie die jetzt vorliegende Klage, die Theilung der Grundherrschaft Neuweiher zum Gegenstande;

2) Die früher erhobene Theilungsklage beruhte auf demselben Grunde, auf welchen die jetzt vorliegende Theilungsklage gestützt ist, nämlich auf dem Miteigenthumsrechte;

3) Der frühere Rechtsstreit wurde unter denselben Parteien geführt, wie der jetzt vorliegende, Kläger war nämlich Graf von Kesselstatt und der später in den Rechtsstreit eingetretene Advokat Rindeschwender, die Beklagte war die Ehefrau des Rathes Asmut;

4) Die früher erhobene Klage wurde von dem Grafen von Kesselstatt in der Eigenschaft als Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher gegen die Ehefrau des Rathes Asmut, als Miteigenthümerin, anhängig gemacht, jedoch von dem Advokaten Rindeschwender, als Rechtsnachfolger des Grafen von Kesselstatt, fortgesetzt, nachdem er den dem Kesselstattischen Stamme gehörigen Antheil der Grundherrschaft Neuweiher mit den deßhalb anhängigen Prozessen käuflich an sich gebracht hatte; in dem jetzt vorliegenden Rechtsstreite tritt aber Advokat Rindeschwender ebenfalls als Rechtsnachfolger des Grafen von Kesselstatt auf, und die Beklagte ist wie in dem früheren Rechtsstreite die Ehefrau des Rathes Asmut.

Der Kläger behauptet zwar, daß er in den früher entschiedenen Rechtsstreit nur in der Eigenschaft als Haupt-Intervenient eingetreten, und daß er hauptsächlich aus dem Grunde, weil ihm diese prozessualische Eigenschaft nicht zukam, in dem früheren Prozesse als zur Sache nicht legitimirt abgewiesen worden sei.

Allein es ist ganz unerheblich, ob sich der Kläger bei seinem Eintritte in den früheren Prozeß eine prozessualische Eigenschaft beilegte, welche ihm nicht zukam, indem es nur auf die Thatsache

Digitized by Google

ankommen kann, auf welche der Kläger in jenem Prozesse seine Befugniß gründete, das dem Gräflich von Kesselstattischen Stamme zugestandene Recht in eigenem Namen geltend zu machen und den von dem Grafen von Kesselstatt anhängig gemachten Prozeß in eigenem Namen fortzusetzen. Diese Befugniß gründete aber Adv. Rindeschwender nur auf den mit dem Gräfl. von Kesselstattischen Stamme am 23. Januar 1838 abgeschlossenen Kaufvertrag, und als Käufer des dem von Kesselstattischen Stamme gehörigen Antheiles an der Grundherrschaft Neuweiher würde er der Rechtsnachfolger seiner Verkäufer geworden sein. Bei dem in dem früheren Prozesse zwischen der jetzigen Beklagten und dem jetzigen Kläger über die Legitimation des Letzteren zur Sache entstandenen Incidentstreite, handelte es sich deswegen auch zunächst nur um die Frage:

> „ob der Kläger als Käufer des Gräflich von Kesselstattischen „Antheiles der Grundherrschaft Neuweiher, mithin als „Rechtsnachfolger dieses Stammes, zur Sache legitimirt sei?"

indem die Beklagte die Gültigkeit dieses Kaufes und folgeweise die Legitimation des Klägers zur Sache aus dem Grunde zu bestreiten suchte, weil dieser Kauf unter das Verbot des L.R.S. 1597 falle, mithin ungültig sei, und aus diesem Grunde wurde auch durch das hierauf am 18. August 1841 bei dem Großh. Hofgerichte zu Rastatt ergangene, und am 7. Januar 1842 dahier bestätigte, Erkenntniß ausgesprochen:

> „daß der als Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstattischen Stammes aufgetretene Advokat Rindeschwender zur „Fortsetzung des Rechtsstreites in eigenem Namen für nicht „legitimirt zu erklären sei."

Wenn daher der Kläger in dem jetzt anhängigen Prozesse seine Legitimation zur Sache, nämlich seine Befugniß, das in Anspruch genommene Recht in eigenem Namen gerichtlich zu verfolgen, ebenso wie in dem früher entschiedenen Prozesse nur auf die Thatsache gründet, daß er den dem Kesselstattischen Stamme gehörigen Theil der Grundherrschaft Neuweiher erkauft habe, und daß er hierdurch der Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstatti-

Digitized by Google

schen Stammes geworden sei, so steht ihm die Rechtskraft der im früheren Rechtsstreite ergangenen Erkenntnisse im Wege, durch welche ausgesprochen ist, daß er als Rechtsnachfolger des Gräflich von Kesselstattischen Stammes zur Sache nicht legitimirt sei.

Da hiernach die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet und erwiesen und schon durch diese Einrede die erhobene Klage elidirt ist, so kann es auf die zweite, von der Beklagten als prozeßhindernd vorgeschützte, Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache nicht weiter ankommen.

Anmerkung.

Wie die Gültigkeit des Rindeschwenderschen Kaufes eine Präjudizialfrage für sein Theilungsbegehren war, so war sie es auch für die Wiederklage, indem der Asmut'sche Kauf nicht zu Recht bestehen konnte, wenn der Rindeschwendersche gültig war, während im umgekehrten Falle der zweiten Veräußerung der Kesselstattischen Rechte auf die Grundherrschaft nichts im Wege stand, und es nur noch auf den Beweis ankam, daß eine solche Veräußerung wirklich stattgefunden hat. Im Hinblick auf diese Identität der Präjudizialfrage für beide Klagen ist nun von einem Votanten, dem noch zwei weitere beigetreten sind, die Ansicht geltend gemacht worden, daß jene Frage nicht nur für die zweite Theilungsklage, sondern auch für die Wiederklage rechtskräftig entschieden sei und daß es deßhalb auf eine weitere Prüfung dieses Punktes gar nicht ankomme, vielmehr zunächst und allein schon aus diesem Grunde der Wiederklage stattzugeben sei. Die Gründe für jenes Votum waren folgende:

Die Berufung des Adv. Rindeschwender auf seinen Erwerbtitel bildete in der Vorklage das Fundament für das Theilungsbegehren, indem er sich dadurch als Miteigenthümer darzustellen suchte. Gegenüber der Wiederklage auf Herausgabe jenes Miteigenthums ist die abermalige Berufung Rindeschwenders auf diesen Erwerbtitel nichts anderes als die exceptio dominii oder die Einrede der verkauften und übergebenen Sache, indem hieraus

gefolgert wird, daß Kesselstatt eine fremde Sache verkauft, daß er selbst kein Klagerecht gehabt, und daher solches auch nicht habe veräußern können. Die in der Vorklage unter Berufung auf die rechtskräftige Verwerfung jenes Erwerbtitels aufgestellte exceptio rei judicatæ verwandelt sich in der Wiederklagsache in die Replik des entschiedenen Streites, indem dadurch die vorhin erwähnte Einrede der verkauften Sache elidirt werden soll, während von einer actio judicati hier, wo das betreffende Urtheil den Kläger abweist, natürlich keine Rede sein kann.

Dieses ist, besonders in Rücksicht auf Satz 1138, die wahre prozessualische Lage des Rechtsstreits und die wahre Natur der von beiden Theilen vorgebrachten Behauptungen, woran die Antizipation dieses oder jenes Vorbringens durchaus nichts verändern kann.

Die Frage ist also nur diese: ob die Abweisung der Theilungsklage von dem Wiederkläger als Replik der entschiedenen Sache benützt werden kann, oder ob dem Richter in Bezug auf die Wiederklage eine wiederholte Prüfung des Rindeschwenderschen Erwerbtitels obliege, so, daß möglicher Weise die Wiederklage wegen Gültigkeit jenes Rechtstitels verworfen werden könnte, nachdem die Theilungsklage wegen Ungültigkeit desselben abgewiesen worden ist, und daß sofort Rindeschwender zwar als Miteigenthümer, jedoch ohne das Recht auf Theilung zu haben, aus dem Prozesse hervorgehen würde.

Daß sich der natürliche Verstand gegen eine solche Erscheinung auflehnt, bedarf kaum der Bemerkung. Auch gilt sonst im Prozeßrecht der Grundsatz, daß das Urtheil über eine Präjudizialfrage für die Klage und Wiederklage gleich wirksam ist, z. B. wenn eine Klage auf Erfüllung und eine Wiederklage auf Umstoßung des Vertrages angestellt wurden. Es sollen jedoch die möglichen Einwendungen gegen die Replik der entschiedenen Sache näher geprüft werden. Es könnte dagegen geltend gemacht werden:

1) daß die Behauptung des Miteigenthums früher den Klaggrund gebildet habe, während sie jetzt als eine Einrede gegen die Wiederklage erscheine, daß ferner in der Vorklage nicht die Anerkennung des Miteigenthums, sondern die Theilung des-

Digitized by Google

selben, Gegenstand des Begehrens gewesen und daß daher auch nur das Theilungsbegehren und nicht das Miteigenthum des Klägers durch das Urtheil verworfen worden sei. Es fehle m. a. W. an der Identität des Streitgegenstandes.

In Bezug auf diesen Einwand bedarf es zunächst gar keiner weiteren Ausführung, daß ein Recht, welches in Form einer Klage verworfen wurde, auch nicht mehr in Form einer Einrede verfolgt werden kann und so umgekehrt, denn dieser Satz ist so allgemein anerkannt, und auch im römischen Rechte, aus welchem der L.R.S. 1351 wörtlich entlehnt ist, so bestimmt ausgesprochen, daß jede weitere Begründung unnütz wäre. Erheblicher könnte es scheinen, daß der fragliche Streit über das Miteigenthum in der Vorklage nur einen Inzidentpunkt (quæstio major) für die Theilungsklage gebildet hat, und daß die Anerkennung des Eigenthums nicht der Hauptzweck der Klage war. Mag indessen solches auch richtig sein, so ist doch ebenso gewiß und durch den Inhalt des Vorprozesses selbst bewiesen, daß gelegentlich einer Theilungsklage auch über das Miteigenthum des Klägers gestritten werden kann und daß hiedurch der Richter genöthiget wird, die Eigenthumsfrage zu prüfen, um je nach dem Resultat dieser Prüfung die Theilungsklage zu verwerfen oder derselben stattzugeben, wie dieses die

l. 1 §. 1 D. fam. herc. 10. 2.

mit ausdrücklichen Worten sagt.

Es fragt sich daher nur, ob durch Verwerfung der Theilungsklage auch das Miteigenthum rechtskräftig aberkannt und ob im umgekehrten Falle dasselbe rechtskräftig zuerkannt sei.

Diese Frage wird nun in den neueren Erörterungen über diese Materie, namentlich von

v. Savigny röm. Recht 6. B. §. 297.

Wächter Privatrecht 2. B. S. 557 ff.

Buchka Einfluß des Prozesses 2. B. S. 168 ff.

mit aller Bestimmtheit bejaht, indem sie den allgemeinen Satz aufstellen, daß die in einem Rechtsstreit erörterten Präjudizialfragen durch das Urtheil stets rechtskräftig entschieden werden, wenn

Digitized by Google

auch das Klagbegehren nur auf eine einzelne Folge aus der Präjudizialfrage gerichtet gewesen sei.

Der erstere jener Schriftsteller sagt dieses in Bezug auf die Theilungsklage und das dabei bestrittene Miteigenthum insbesondere auf S. 537. Note 12.

Auch die französische Jurisprudenz hat sich in vielen einzelnen Fällen zu diesem Satze bekannt.

Gilbert Code anoté ad art. 1351 Nr. 8, 9, 10.*)

Wollte man aber auch diesen Satz nicht in seiner Allgemeinheit anerkennen, sondern den Umfang der Rechtskraft lediglich aus dem Inhalt des Urtheils selbst bestimmen lassen, so muß man doch vermöge der ausgesprochenen Vermuthung, daß der Inhalt des Urtheils als eine rechtliche Wahrheit gelte, immerhin so viel als richtig einräumen, daß jede Behauptung, welche, die Wahrheit des Urtheilsinhalts vorausgesetzt, nach logischen Regeln neben derselben nicht wahr sein kann, von dem Umfange der Rechtskraft ergriffen wird und daß somit jedes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welches mit dem Urtheil im Widerspruche steht, durch den Inhalt desselben beseitiget ist. Gerade diese Voraussetzung ist aber hier vorhanden. Die Theilungsklage ist ein einzelner Ausfluß des Miteigenthums und mit diesem so innig und untrennbar verbunden, daß ein Miteigenthumsrecht nicht ohne die Theilungsklage und eine solche Klage nicht ohne das Miteigenthum gedacht werden kann. L.R.S. 815. Der Miteigenthümer kann sogar nach eben diesem Satze auf keine Weise dem Theilungsrechte entsagen und es ist rechtlich unmöglich, daß der Richter Jemanden als Miteigenthümer anerkennt, ihm aber die Theilungsklage für immer entzieht; eben deßhalb ist auch eine definitive Abweisung der Theilungsklage nur unter der Voraussetzung denkbar, daß ein Miteigenthumsrecht auf Seiten des

*) Bien qu'un arrêt ne renferme aucune solution explicite sur un point, cependant il n'y a pas ommission de statuer, si l'arrêt renferme sur ce point un considérant formel, et si son dispositif en présuppose la décision. (Cour de cass. 4. Mai 1836.) Revue des revues I. p. 240.

Digitized by Google

Klägers gar nicht vorhanden ist. Ebenso kann endlich die Verurtheilung des Beklagten nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß das Miteigenthum des Klägers freiwillig oder richterlich anerkannt wird. Man wird gewiß dem Beklagten, nachdem er auf eine Theilungsklage hin kondemnirt worden ist, nicht mehr gestatten, hinterher das Miteigenthum zu bestreiten und dadurch die Verurtheilung von Neuem in Frage zu stellen. Eine ausdrückliche Entscheidung dieses Falles enthält zudem die

l. 36 D. fam. hercisc. 10. 2,

indem hier gesagt wird, daß derjenige, welcher gegenüber einem vermeintlichen aber nicht wirklichen Miterben zur Theilung kondemnirt worden sei, keine Rückforderungsklage auf dasjenige habe, was dem Kläger zugewiesen worden sei, weil diese Zuweisung auf einem Urtheil beruhe. Wäre daher auf die Vorklage hin auf Theilung erkannt worden, so wäre damit die Widerklage von selbst entschieden gewesen.

Wenn nun aber die Verurtheilung des Beklagten eine Entscheidung über das Miteigenthum in sich begreift, so muß auch die Abweisung des Klägers eine solche in sich enthalten, weil diese Abweisung — wenn nicht ausdrücklich so doch mit logischer Consequenz — den Ausspruch involvirt, daß der Kläger nicht Miteigenthümer sei.

Diese Ansicht ist auch ausgesprochen in

Stabel Vorträge über den Prozeß S. 51,

obwohl dort der Einfluß des Urtheils über die quæstio minor auf die Entscheidung der quæstio major nicht in dem Umfange angenommen wird, wie ihn v. Savigny und Buchka später vertheidiget haben.

Es könnte zwar auch eine Abweisung des Klägers aus formellen Gründen erfolgen, z. B. weil der Beklagte nicht der rechte Beklagte ist, und es könnte dieser hinterher die Eigenschaft des rechten Beklagten erlangen, allein es versteht sich von selbst, daß in Folge dieser neuen, erst nach dem Urtheile entstandenen, Thatsache der Beklagte die Einrede der entschiedenen Sache nicht mehr vorschützen kann und jedenfalls müßte hier der Sinn der

Digitized by Google

Urtheilsformel zum Vortheil des Klägers aus den Gründen oder aus der Lage des Prozesses erläutert werden, worüber die angeführten Schriften und viele Pandectenstellen nicht den mindesten Zweifel lassen. l. 17, 18 D. h. t. 44, 2.

Im vorliegenden Falle wurde die Theilungsklage überall nicht aus einem formellen Grunde, sondern darum verworfen, weil der Kläger nicht als Miteigenthümer anerkannt wurde, und er kann daher die Behauptung seines Miteigenthums auch nicht mehr in anderer Form (alio genere judicii l. 5 D. l. c.) geltend machen.

Es könnte ferner

2) der weitere Einwand erhoben werden, daß nicht nur die Parteirollen jetzt ganz andere seien als im Vorprozesse, sondern daß auch v. Asmut in beiden Prozessen eine civilrechtlich verschiedene Eigenschaft habe, indem er bei der Theilungsklage als Besitzer des ihm unbestritten zustehenden Fechenbach'schen Antheils an der Grundherrschaft belangt worden sei, in der Wiederklage aber als Erwerber des Kesselstattischen Antheils auftrete. Daß nun die Verschiedenheit der Parteirollen auf die Wirksamkeit des Urtheils schlechthin keinen Einfluß hat, folgt schon aus dem Obigen, und zur Bestätigung dessen führt v. Savigny l. c. folgendes Beispiel aus l. 24 D. h. t. an: Wenn der mit der Eigenthumsklage abgewiesene Kläger nachher in den Besitz der streitig gewesenen Sache gelangt, und daher der frühere Beklagte dieselbe als Kläger herauszufordern genöthigt ist, so kann ihm der frühere Kläger und nunmehrige Beklagte nicht mehr entgegenhalten, daß er ein Eigenthumsrecht an der Sache habe, denn diese exceptio dominii wird durch die Replik der entschiedenen Sache zurückgewiesen.

Anlangend die Verschiedenheit der civilrechtlichen Eigenschaft der Parteien, welche daraus gefolgert werden könnte, daß Asmut in der Wiederklage als Singularsuccessor des von Kesselstatt erscheine, so kann dieser Umstand überall nicht von dem Gesichtspunkt einer Verschiedenheit der Personenqualität aufgefaßt werden. Wenn Jemand nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung zu einem bisher nicht besessenen Eigenthumstitel gelangt,

Digitized by Google

und diesen nunmehr in den Streit führt, so sagen die Gesetze nicht, es sei jetzt eine alia conditio personarum vorhanden, sondern sie sprechen ohne Rücksicht auf die Erwerbsart und ohne Rücksicht auf den Uebergang des Rechts von einer dritten Person auf die Partei von einer alia causa, über die noch kein Urtheil ergangen sei.

Itaque adquisitum quidem postea dominium, aliam causam facit — nova causa accessit.

l. 11 §. 4, 5 D. h. t.

Es muß nun über diesen neuen Titel ein weiteres Erkenntniß erlassen werden, allein daraus folgt durchaus nicht, daß hiebei der Gegner seinen bereits verworfenen Eigenthumstitel wiederholt in Form einer Einrede geltend machen und darüber gleichfalls ein neues Erkenntniß begehren könne.

Ganz deutlich tritt dieses bei der Vindication und Gegenvindication hervor.

Es stehen sich hier zwei Eigenthumstitel gegenüber und wenn der eine derselben verworfen wird, so folgt daraus zwar nach l. 15 D. h. t. *) keineswegs, daß nunmehr der Titel des Gegners, z. B. der des Gegenvindicanten begründet und erwiesen sei, denn es ist möglich, daß Keiner von Beiden Eigenthümer ist, aber so viel bleibt jedenfalls entschieden, daß der einmal verworfene Titel in der anderen Klagsache in keiner Form mehr gebraucht werden kann.

Es wäre sonst denkbar, daß zwei sich direct widersprechende

---

*) Diese l. 15 sagt nämlich: Si inter me et te controversia de hæreditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, et quasdam ego, nihil vetat et me a te et invicem tu a me hæreditatem petere. Quod si post rem judicatam a me petere cœperis, interest, utrum meam esse hæreditatem pronunciatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatæ exceptio, quia eo ipso, quo meam esse, pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur, tuam non esse, si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hæreditas esse nec tua.

Digitized by Google

Entscheidungen erlassen werden.

Puchta Institutionen II. S. 191.

Endlich enthält die

l. 7 §. 4 D. h. t.

folgende Entscheidung:

Ein angeblicher Erbe A. belangt den B. auf Bezahlung einer Forderung, welche dieser in die Erbmasse schuldig sein soll und wird mit seiner Klage abgewiesen, weil er nicht Erbe ist. Derselbe A. belangt hierauf denselben B. als Besitzer von Erbschaftssachen mit der Erbrechtsklage und es wird diesem Beklagten, obwohl er scheinbar in einer anderen Eigenschaft belangt ist, die exceptio rei judicatæ gegeben.

Eben deßhalb muß auch hier dem Wiederkläger, obwohl er in dem Theilungsprozesse nur als Mitbesitzer belangt wurde, in der Wiederklage aber den ideellen Antheil, der im Besitze des Wiederbeklagten sich befindet, herausfordert, gegen den Eigenthumstitel des letzteren die Replik der entschiedenen Sache zur Seite stehen, denn das Institut der res judicata beruht nach französischem Recht buchstäblich auf demselben Prinzip, wie nach dem römischen (res judicata pro veritate accipitur) und die Bedingungen sind wörtlich dieselben, mithin können wir auch in den Folgerungen aus diesem Prinzip der logischen Schärfe der römischen Juristen vertrauen.

Abweichend hievon scheint freilich von Vangerow in seinem Gutachten anzunehmen, daß der Erfolg der Theilungsklage dem Eigenthumsstreit niemals präjudizire, allein dieses ist mit der in seinem Lehrbuch der Pandecten §. 271 enthaltenen Darstellung der Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils nicht wohl zu vereinigen.

Er geht dort unter Berufung auf Keller von dem Grundsatz aus: daß die exceptio rei judicatæ in ihrer positiven Function jeder actio (folglich auch jeder Einrede) entgegenstehe, welche den Resultaten der abgeurtheilten Klage widerspricht, die sich also als ungegründet herausstellt, wenn der Inhalt des früheren Urtheils wahr ist. Daß aber Jemand keine Theilungsklage habe, kann

Digitized by Google

nur dann wahr sein, wenn er nicht Miteigenthümer ist. Er lehrt ferner in Bezug auf die oben zitirte l. 7 §. 4: daß die exceptio rei judicatæ hier offenbar nur wegen ihrer positiven Funktion der späteren Klage entgegenstehe, denn das abweisende Urtheil bei der ersten Klage habe immer wenigstens stillschweigend den Inhalt: Kläger sei nicht Erbe, und diesem Urtheil würde die zweite Klage widersprechen. Offenbar viel näher liegt es nun, daß das eine Theilungsklage verwerfende Urtheil stillschweigend den Inhalt habe: der Kläger sei nicht Eigenthümer, sowie es auch im Falle der Verurtheilung des Beklagten den Kläger für den rechtmäßigen Eigenthümer erklärt und die Wiederklage von selbst niedergeschlagen hätte.

C. Früchtenersatz. Retentionsrecht.

Der Wiederkläger bezeichnete den Wiederbeklagten als Besitzer in bösem Glauben und verlangte von ihm den Ersatz der verzehrten, sowie der vernachläßigten Früchte. Auch wurden beider Seits Retentionsrechte bis zur Erfüllung der gegnerischen Leistungen in Anspruch genommen.

Wie der Gerichtshof hierüber erkannte, wurde oben Seite 70. angeführt. Die

Entscheidungsgründe

lauten hinsichtlich dieser beiden Punkte dahin:

„Das Begehren der Wiederklage geht nicht nur auf Herausgabe der Grundherrschaft in dem oben näher angegebenen Umfang, sondern auch auf Ersatz der der Wiederklägerin ebenfalls cedirten Früchte vom Tage des Rindeschwenderschen Kaufs, und zwar nicht nur der bezogenen, sondern auch der vernachläßigten.

Was die bezogenen Früchte betrifft, so ist der Wiederbeklagte deßhalb verbunden, dieselben dem Eigenthümer vom Tage seines Kaufes, an welchem ihm auch der Besitz überwiesen wurde, zu erstatten, weil er nicht als Besitzer im guten Glauben angesehen werden kann.

L.R.S. 549.

Digitized by Google

Nur derjenige ist nämlich nach der Bestimmung des L.R.S. 550 als redlicher Besitzer zu betrachten, der entweder Eigenthümer ist, oder doch aus einem Titel, der Eigenthum übertragen kann, und dessen Mängel ihm unbekannt sind, als Eigenthümer besitzt.

Beide Erfordernisse, nämlich der zur Uebertragung des Eigenthums geeignete Titel und die Unbekanntschaft mit dessen Mängeln gehen aber demjenigen ab, der aus einem vom Gesetz ausdrücklich verbotenen Rechtstitel besitzt,

Malæ fidei posessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur.

lex 7. cod. de agric. et cens. (11. 4.)

und es ist dies eine natürliche Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß Unbekanntschaft mit verbietenden Gesetzen Niemand zum Vorstand gereichen kann.

cf. Unterholzner Verjährung S. 179.

Diese Grundsätze sind auch im franz. Recht anerkannt und in einem Urtheil des Cassationshofes vom 11. Januar 1843 gegen einen Beamten angewendet worden, welcher unter Umständen, die jede Unterstellung des dolus ausschlossen, eine Erwerbung gegen das Verbot des Satzes 1596 gemacht hatte, indem in den Entscheidungsgründen gesagt wird, daß derjenige, welcher gegen ein ausdrückliches Verbot des Gesetzes gekauft hat, in keinem Falle die Unkenntniß der Fehler seines Titels vorschützen könne.

Sir. 43. I. p. 151.

Der Wiederbeklagte war demnach auch zum Ersatz der seit seinem Kauf aus dem Streitobjekt bezogenen Früchte zu verurtheilen und dieß um so mehr, als ihn schon S. 1597 zum Ersatze des Schadens verpflichtet und er jedenfalls durch die im ersten Theilungsprozeß erhobene Einsprache gegen seine Legitimation Kenntniß vom Mangel seines Titels erhalten hat.

Was dagegen die vernachläßigten Früchte betrifft, so hat nach L.R.S. 1155 a der unredliche Besitzer allerdings diese, d. h. diejenigen Früchte zu ersetzen, welche der Besitzer der Sache bei gehöriger Bewirthschaftung und Benützung der Sache hätte ziehen

Digitized by Google

können, aber wegen schuldhafter Unterlassung dieser Bewirthschaftung nicht bezogen hat.

Da jedoch im vorliegenden Falle der Wiederkläger im ungetheilten Mitbesitz des Streitobjectes sich befand, so würde ein bloßes Unterlassen der gehörigen Bewirthschaftung, was hier allein die Ersatzpflicht begründen soll, dem Wiederkläger im gleichen Maaße zur Last fallen, wie dem Wiederbeklagten, und es kann daher im Hinblick auf Satz 1148 a dem Wiederkläger wegen eines dem Wiederbeklagten zur Last liegenden Unterlassens keine Entschädigung zugesprochen werden.

Der Verpflichtung des Wiederbeklagten zur Herausgabe der Hauptsache und Früchte steht aber gegenüber, die von dem Wiederbeklagten anerkannte Verbindlichkeit zum Ersatze der bereits am Kaufpreis gezahlten Summe, und ebenso der vom Wiederbeklagten begehrte Ersatz von 4 pCt. Zinsen aus jener Summe vom Tage der Zahlung derselben, und es ist die Herausgabe der Sache von Erstattung des Kaufpreises, der Ersatz der Früchte von Vergütung der mit denselben auf gleicher Linie stehenden Zinsen abhängig zu machen.

L.R.S. 1682, 2280.

Wenn dagegen die Wiederklägerin ein Retentionsrecht am Kaufschilling bis zu erfolgter Leistung des Ersatzes der Früchte, der Wiederbeklagte aber ein Retentionsrecht an der Hauptsache wegen gemachter Verwendungen anspricht, so erscheint keiner dieser Ansprüche begründet, indem der Wiederbeklagte auch abgesehen davon, daß er in ungetheilter Gemeinschaft mit seiner Gegnerin steht, das Dasein solcher Verwendungen gar nicht einmal bestimmt behauptet, vielweniger wahrscheinlich gemacht hat, dagegen zwischen dem noch illiquiden Anspruch der Wiederbeklagten auf Früchtenersatz und ihrer liquiden Schuld den empfangenen Kaufschilling zurückzugeben, kein solcher innerer Zusammenhang besteht, wie ein solcher zur Begründung des Retentionsrechts erforderlich ist.

Zachariä I. S. 341.

Es mußten daher beide Theile mit diesem Begehren abgewiesen, im Uebrigen aber wie geschehen erkannt werden.

Digitized by Google

Die Kosten fallen dem unterliegenden Wiederbeklagten allein zur Last.

Es könnte zwar scheinen, als ob sich die Wiederklägerin mit dem unbedingten Begehren auf Abweisung des Wiederbeklagten aus der Grundherrschaft einer plus petitio schuldig gemacht habe, es kann aber dies Begehren im Zusammenhange mit dem Inhalte der Wiederklage in der That nur auf den Antheil bezogen werden, welchen sie vom Kesselstattischen Stamm gekauft hat, und der ihr auch zuerkannt worden ist.

Ueberdies ist dieser Punkt nicht Gegenstand der Verhandlung, mithin auch kein Anlaß zu größeren Kosten gewesen.

Ebenso konnte das Unterliegen des Wiederklägers rücksichtlich des in Anspruch genommenen Retentionsrechtes und der vernachläßigten Früchte, da beide Punkte im Verhältniß zum übrigen Streit ganz unbedeutend erscheinen, keinen Einfluß auf die Kostenbestimmung haben."

Anmerkung.

Der erste Senat des Oberhofgerichts hat in einem ähnlichen Falle, der in den

oberhofg. Jahrb. n. F. 9. B. S. 344

mitgetheilt ist, den Beklagten, welcher ebenfalls, aber freilich unter Umständen, die ganz besonders für seine Entschuldigung sprachen, gegen ein gesetzliches Verbot gekauft hatte, als Besitzer in redlichem Glauben betrachtet. Nimmt man aber auch den redlichen Glauben an, so würde doch der Satz 1155 a noch zu berücksichtigen sein, welcher — wenn auch im Widerspruch mit Satz 549 — doch ausdrücklich festsetzt, daß selbst der redliche Besitzer die verzehrten Früchte ersetzen müsse. Ueber die Lösung dieses Widerspruchs vergl. man

Brauer Erläuterungen 3. B. zu S. 1155 a,

Stabel Vorträge über das Landrecht S. 137,

sodann noch zur Unterstützung der Ansicht des letzteren

Zachariä II. B. §. 336 Note 2.

Troplong de la vente Nr. 652, 653,

wo vom Früchtenersatz bei nichtigen oder aufgelösten Verträgen die Rede ist.

Eine spezielle, aber wohl nicht ausdehnbare Bestimmung enthält der Satz 1682 des Landrechts.

D. Aktiv- und Passivlegitimation bei Theilungsklagen.

Das mittelrheinische Hofgericht hatte die Ladung auf die zweite Theilungsklage unter anderem aus dem Grunde versagt, weil noch ein dritter Miteigenthümer vorhanden und solcher nicht in diesen Theilungsprozeß hineingezogen sei. Das Oberhofgericht aber verwarf diese Beanstandung und erkannte Ladung. Die Gründe lauten dahin:

„Die von dem Kläger als Miteigenthümer der Grundherrschaft Neuweiher am 5. Mai d. J. bei dem Großh. Hofgerichte zu Rastatt, gegen die Beklagte als Miteigenthümerin dieser Grundherrschaft anhängig gemachte Theilungsklage, wurde durch das am 26. Mai d. J. ergangene hofgerichtliche Erkenntniß aus zwei Gründen als unstatthaft verworfen:

1) aus dem Grunde, weil diese Klage nur die materielle Theilung der ihm und der Beklagten, als Miteigenthümer dieser Grundherrschaft gehörigen Antheile dieser Grundherrschaft bezweckt, während nach dem Inhalt der Klage noch eine dritte Miteigenthümerin dieser Grundherrschaft vorhanden ist, indem der Freifrau von Fechenbach-Sommerau zu Würzburg zu $^{1054}/_{4620}$ das Miteigenthum dieser Grundherrschaft zusteht, weßhalb auch gegen diese die erhobene Theilungsklage hätte gerichtet werden müssen,

2) weil in der Klage die Art und Weise nicht angegeben war, wie die Theilung geschehen soll.

Da der zweite Grund offenbar von keiner Erheblichkeit ist, indem die Angabe der Art und Weise, wie die Theilung geschehen soll, nicht zur thatsächlichen Begründung einer Theilungsklage er-

Digitized by Google

forderlich ist, in dieser Beziehung auch bestimmte gesetzliche Vorschriften bestehen, welche, wenn sich die Interessenten darüber nicht verständigen könnten, wie die Theilung zu vollziehen wäre, zur Anwendung kommen müßten, so kann es sich bei der rechtlichen Beurtheilung der von dem Appellanten gegen das hofgerichtliche Erkenntniß erhobenen Beschwerde nur um die Frage handeln: ob die von demselben erhobene Theilungsklage aus dem Grunde als unstatthaft zurückgewiesen werden konnte, weil sie nur gegen die Beklagte, nicht aber auch gegen die Freifrau von Fechenbach-Sommerau als Miteigenthümerin der Grundherrschaft Neuweiher gerichtet war.

Es ist einleuchtend, daß eine Klage auf Theilung eines Miteigenthums (nach Satz 577 bg) ebenso, wie jene auf Theilung einer Erbschaft oder eines Gesellschaftsvermögens nur dann einen vollkommenen Erfolg durch wirklichen Vollzug der Theilung haben kann, wenn die Klage gegen alle Miteigenthümer, beziehungsweise Mittheilhaber gerichtet ist; denn das Recht eines jeden Theilhabers erstreckt sich, wenn auch in beschränktem Maaße, auf jedes Stück des Miteigenthums oder der Gemeinschaft. Die Theilung d. i. die Zuweisung einzelner bestimmter Vermögensstücke zum Alleineigenthum an die Einzelnen, als Abfindung für ihre idealen Antheile am Ganzen, berührt also die Rechte aller Einzelnen, und es können nicht einzelne Theile ausgeschieden werden, ohne daß dadurch das rechtliche Verhältniß aller Theilhaber verändert würde. Eine solche Theilung kann also auch nicht vollzogen werden, insofern nicht alle Theilhaber einwilligen oder die Widersprechenden dazu verurtheilt sind. Allein das hindert nicht, daß ein Theilhaber die Theilungsklage auch nur gegen Einzelne der übrigen Theilhaber anstelle, indem er sich mit Andern gütlich verständigt, oder die besondere Klage gegen sie sich vorbehält.

Es wird dann nur über die An- und Widersprüche zwischen den beiden Streitenden entschieden, und wenn gleich der Beklagte verurtheilt wird, die Theilung nach dem Klagbegehren zu gestatten, so bleiben die Widersprüche anderer Theilhaber immerhin vorbehalten, und wenn alsdann aus diesem Grunde, des gegen den

Digitized by Google

Einzelnen ergangenen Urtheils ungeachtet, die Theilung doch nicht zum Vollzug kommen kann, so hat der Kläger sich diesen Nachtheil selbst zuzuschreiben. Das Urtheil bleibt in seiner Wirksamkeit auf Feststellung des klägerschen Anspruchs gegenüber dem Beklagten beschränkt.

Damit im Einklange steht der Umstand, daß nach §. 92 der Pr.-O. die Einrede, daß noch andere Personen als Streitgenossen des Beklagten zu belangen wären, die Beklagte von der Einlassung nicht befreit. Ist darnach eine von solcher Streitgenossenschaft hergenommene Einrede der Beklagten unstatthaft, so kann die Ladung auf den Grund eines solchen Verhältnisses noch weniger von Amtswegen versagt werden.

Demnach mußte die Ladung zugelassen und die weitere Verhandlung der Sache, nach §. 1238 bei dem diesseitigen Gerichtshofe eingeleitet werden."

Anmerkung.

Die Minorität war mit diesen Gründen nicht einverstanden und die entgegengesetzte Meinung ist auch in

Stabel Vorträge über den Prozeß S. 23

geltend gemacht worden.

Es sprechen für diese entgegengesetzte Ansicht folgende Gründe:

Vermöge der Betheiligung mehrerer Personen bei einem Rechtsverhältniß kommt es sehr häufig vor, daß entweder mehrere Kläger gemeinschaftlich hätten auftreten oder daß mehrere Beklagte gemeinschaftlich hätten belangt werden können, und daß es zur Abschneidung von Prozessen und zur Ausdehnung der Rechtskraft des Urtheils sehr zweckmäßig gewesen wäre, eine solche active oder passive Streitgenossenschaft zu bilden. Vermöge dieser Zweckmäßigkeit ist es auch nicht selten als eine prozessualische Verbindlichkeit, wenigstens auf Verlangen des Beklagten, angesehen worden, eine Streitgenossenschaft zu formiren. Man ist sogar bisweilen so weit gegangen, eine Beiladung von Amtswegen zuzulassen. Diese Einrede nun wird in dem §. 97 der Pr.-O. mit Recht als unstatthaft verworfen, wie sie schon die

Digitized by Google

l. 1. C. de cons. 3. 40

verworfen hatte.

Es gibt aber Rechtsverhältnisse, deren civilrechtliche Natur es von selbst mit sich bringt, daß alle Betheiligte vor Gericht mitwirken müssen, wenn ein bestimmter Zweck durch das richterliche Urtheil wirksam erreicht werden soll, und aus dieser civilrechtlichen Natur folgt von selbst die Unmöglichkeit einer vereinzelten Rechtsverfolgung, so daß hier das vereinte Handeln Aller eine rechtliche Nothwendigkeit ist. Hieher gehört auch die Theilung einer Gemeinschaft. Wenn hier ein dritter Miteigenthümer weder in der Rolle der Klägers noch in der des Beklagten erscheint, so kann man in diesem W[illegible]iben oder Weglassen des Dritten mit Bestimmtheit weder den Mangel einer activen noch den einer passiven Streitgenossenschaft erkennen, denn es hängt von der Willkühr des Dritten ab, ob er im Einverständniß mit dem Kläger sich eine Theilung in der von diesem beantragten Weise gefallen lassen oder ob er sich auf die Seite des Beklagten schlagen, und mit diesem das Theilungsbegehren bestreiten will. Man kann also hier nur sagen, es müsse entweder eine active oder eine passive Streitgenossenschaft vorhanden sein, so lange nicht etwa der Dritte erklärt, es sei ihm ganz einerlei, ob und wie getheilt werden soll und er unterwerfe sich zum Voraus dem Erfolge des Prozesses, es möge auf eine Theilung nach dem Wunsche des Klägers oder, da hier auch der Kläger verurtheilt werden kann, nach dem Begehren des Beklagten erkannt werden.

Ohne alle Mitwirkung des Dritten kann man aber nicht in seine Eigenthumsrechte eingreifen, wie dieses durch eine ohne seine Mitwirkung vorgenommene Theilung doch offenbar geschehen würde. Ueber das Miteigenthum kann überhaupt ohne Zustimmung Aller keine Verfügung getroffen werden und dieses muß auch bei der Theilung gelten, wenn gleich ein Klagerecht auf Vornahme der Theilung besteht. Der Grundsatz, daß zu einer endgültigen Theilung die Mitwirkung und zwar die rechtsförmliche Mitwirkung aller Interessenten nothwendig sei, und daß andernfalls die Theilung nur als eine fürsorgliche erscheine, ist in

Digitized by Google

den Sätzen 466, 840 des Landrechts deutlich ausgesprochen, und bei einer gerichtlichen Theilung können in dieser Beziehung keine anderen Grundsätze gelten, als bei der außergerichtlichen. Jeder Miteigenthümer kann zwar für sich allein und ohne Einwilligung der Anderen die Theilung begehren, aber er muthet dem einzelnen Eigenthümer, den er mit Ausschluß der übrigen zur Theilung nöthigen will, eine rechtliche Unmöglichkeit zu, indem dieser nicht einmal freiwillig die Theilung mit dem Kläger allein ausführen könnte. Ein gegen ihn allein gerichtetes Zwangsrecht besteht also nur dann, wenn die übrigen Miteigenthümer unter sich einverstanden sind, jeden Ausgang des Prozesses gegen sich gelten zu lassen. Dieses ist im Wesentlichen auch in den oberhofgerichtl. Entscheidungsgründen anerkannt, daraus aber nur gefolgt worden, daß die Theilung nicht vollzogen werden könne, bis die Theilungsklage auch gegen die übrigen durchgesetzt oder ihre Einwilligung beigebracht sei. Hiegegen läßt sich jedoch einwenden, daß ein derartiges Erkenntniß, welches nur ausspricht, daß ein Miteigenthümer das Recht des Andern auf Theilung anerkennen müsse, für die Theilung selbst keine practische Bedeutung hat, eben weil es nicht vollzogen werden kann und die Unmöglichkeit des Vollzuges nicht etwa blos in einem faktischen Hindernisse, wie z. B. bei der Vermögenslosigkeit des Schuldners, sondern in einem juristischen, aus dem Rechtsverhältniß selbst entspringenden, Hindernisse ihren Grund hat. Es wäre nur ein Rechtssatz ausgesprochen, der schon im Satze 815 enthalten ist. Zwar könnte die Theilungsklage als Mittel benutzt werden, zugleich eine Entscheidung über das Miteigenthum herbeizuführen, allein dieses kann an den Erfordernissen der Theilungsklage, als Mittel zu diesem Zweck nichts ändern.

Die Unzulässigkeit eines solchen, gegen den einzelnen Miteigenthümer zu erlassenden Urtheils ergibt sich aber auch aus der Betrachtung, daß in zwei nach einander folgenden Theilungsprozessen möglicher Weise zwei ganz entgegengesetzte Urtheile ergehen könnten, und daß daher keines von beiden vollziehbar wäre.

Der zweite Miteigenthümer könnte, nachdem der erste verurtheilt ist, eine Einrede vorbringen, wornach die Theilungsklage

Digitized by Google

als zur Zeit unstatthaft erscheint, oder er könnte nachweisen, daß die Theilung gar nicht in der Weise stattfinden dürfe, wie sie dem ersten Beklagten gegenüber angeordnet worden ist. Da nun das erste Urtheil für den späteren Beklagten keine Rechtskraft haben kann, so wäre der Widerspruch beider Urtheile schwer zu lösen, denn sie würden sich im Vollzug wechselseitig ausschließen.

Die Frage ob und wie getheilt werden soll, ist für alle Miteigenthümer eine untheilbare, d. h. sie muß gegen alle gleich entschieden werden, wenn die Entscheidung realisirt werden soll. Ebendeßhalb stehen auch bei dem Theilungsprozeß die Streitgenossen auf der einen oder anderen Seite im nämlichen Verhältnisse, wie bei untheilbaren Rechtsverhältnissen, §. 96 und §. 615 der Pr.-O., d. h. es wird das Recht aller Streitgenossen auch nur durch die Thätigkeit und Wachsamkeit des einen derselben aufrecht erhalten,

Hefter Civilprozeß S. 126,

weil entgegengesetzte Entscheidungen nicht ausgeführt werden könnten.

Diesen Grundsatz hat das Oberhofgericht durch Urtheil vom 2. Dez. 1847 (Oppenheimer gegen Meier) in folgender Weise zur Anwendung gebracht. Dem Theilungskläger ward entgegengehalten, daß bereits eine Theilung unter Mitwirkung eines Bevollmächtigten des Klägers stattgefunden habe und der Kläger läugnete die Bevollmächtigung. Nur einzelne der beklagten Streitgenossen schoben den Eid über diese Thatsache zu, er wurde aber so angesehen, als wäre er von Allen zugeschoben worden.

Gegen diesen Grundsatz hat das mittelrheinische Hofgericht, wie wir aus obiger Prozeßgeschichte ersehen, bei dem ersten Theilungsprozeß entschieden, indem es gegen den einen Miteigenthümer ein Versäumungserkenntniß nach dem Antrag des Klägers erließ und gegenüber dem anderen, gehorsamen Beklagten auf Beweis erkannte, während nach der hier entwickelten Ansicht durch die Vernehmlassung des einen Beklagten auch der Ungehorsam des anderen gehoben war.

Digitized by Google

E. Anbringen einer Wiederklage in zweiter Instanz.

Unser Prozeß hat die eigenthümliche Erscheinung geliefert, daß das Oberhofgericht in erster und letzter Instanz über die Wiederklage erkannt hat. Es wurden zwar Einwendungen gegen die Zuläßigkeit der Wiederklage erhoben, allein sie wurden aus folgenden Gründen verworfen:

„Die von der Beklagten — Wiederklägerin — dahier angebrachte Wiederklage wird von dem Kläger, Wiederbeklagten, durch die als prozeßhindernd vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit des obersten Gerichtshofes zur Verhandlung und Entscheidung dieser Wiederklage in erster Instanz bestritten.

Er behauptet nämlich, daß die Wiederklage nur bei dem Gerichte anhängig gemacht werden könne, bei welchem die Vorklage angebracht worden war, mithin in dem vorliegenden Falle bei dem Großherzoglichen Hofgerichte zu Rastatt, und daß dieses um so mehr der Fall sein müsse, als dem Wiederbeklagten sonst eine Instanz entzogen und die Entscheidung dieser Wiederklage auf eine Instanz beschränkt würde.

Diese Einrede ist jedoch nicht begründet. Denn nach dem §. 313 der Prozeßordnung ist der Beklagte befugt, die Ansprüche die er gegen den Kläger hat, bei dem Gerichte, bei welchem die Klage erhoben wurde, als Wiederkläger zu verfolgen, indem dieses Gericht nach dem §. 24 der Pr.-O. auch für die Wiederklage das zuständige ist.

Nach dem §. 257 Nro. 4 der Pr.-O. wird aber die Befugniß zur Anstellung einer Wiederklage durch die von dem zuständigen Richter auf die Klage erlassene — dem Beklagten gehörig bekannt gemachte — Verfügung begründet, wodurch die Klage dem Beklagten zur schriftlichen Vernehmlassung mitgetheilt wurde.

Wurde die Klage von dem in erster Instanz zuständigen Gerichte versagt, dagegen aber auf ergriffene Appellation von dem Obergerichte zugelassen, dann treten nach §. 1238 der Pr.-O. die im §. 257 der Pr.-O. bemerkten Wirkungen ein. Die von

Digitized by Google

dem Oberrichter erkannte Ladung begründet mithin für den Beklagten das Recht zur Anstellung einer Wiederklage, welche — im Falle die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an den Unterrichter zurückgewiesen wird — nur bei diesem; im Falle des §. 258 der Pr.=O. aber bei dem Obergerichte vorzubringen ist; weil dieses in diesem Falle das zur Verhandlung und Entscheidung der Vorklage zuständige ist, die Wiederklage aber bei dem Gerichte verhandelt und entschieden werden muß, bei welchem auch die Vorklage verhandelt und entschieden wird, was insbesondere aus dem §. 316 der Pr.=O. hervorgeht, nach welchem unter gewissen Voraussetzungen die gleichzeitige Verhandlung der Wiederklage mit der Vorklage in den nämlichen Akten nicht verweigert werden kann.

Dieser Fall liegt aber hier vor, weßhalb die von dem Wiederbeklagten gegen die Zulässigkeit der Wiederklage in dieser Instanz erhobene Einsprache nicht begründet ist."

Schlußbemerkung.

In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen zum Urtheil über die Wiederklage (S. 116 ff.) wurde unter Anderem auch darauf hingewiesen, daß das römische Recht, aus dessen Bestimmungen über die res litigiosa man den L.R.S. 1597 zu Gunsten Rindeschwenders zu erläutern gesucht hat, vermöge anderweiter Vorschriften über das Verhalten der Anwälte durchaus nicht zum Vortheile des Käufers spreche. Es wurde namentlich auch angeführt, daß nach

l. 6. §. 2. C. de post. 2. 6.

der Anwalt mit seinem Clienten überhaupt keine Verträge abschließen soll.

Diese Verfügung dürfte vielleicht in lege ferenda Berücksichtigung verdienen, sofern man überhaupt als richtig anerkennt, was

Jordan im Civ. Archiv 12. Bd. S. 209.

über jene Stelle sagt.

Digitized by Google

Die Stelle selbst lautet so:

„Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat advocatus, nullam conferat pactionem"

und Jordan bemerkt darüber:

„Derjenige Advokat, welcher mit seinem Clienten irgend einen Vertrag (denn das Gesetz spricht allgemein) abschließt, setzt sich dem unwiderleglichen Gerede aus, daß er die Gewährung des Patroziniums als ein Mittel benutze, den Clienten zu übervortheilen. Der Client ist dem Advokaten gegenüber ein Schutzbedürftiger, der sich Manches gefallen läßt, und zu Manchem versteht. Es war daher gewiß sehr weise, daß der Gesetzgeber in den Vorschriften, welche bestimmen, wie sich ein Advokat benehmen soll, auch die in Rede befindliche aufnahm, weil ein biederer Advokat Alles vermeiden soll, was ihn einem zweideutigen Ruf aussetzen könnte, und weil eine unbedingte Erlaubniß einer Vertragung zwischen dem Advokaten und seinem Clienten allerdings zum Nachtheil des letzteren mißbraucht werden könnte, und es ist nur zu bedauern, daß dieser Vorschrift nicht auch durch eine Straffanktion gegen ihre Verletzung eine größere Wirksamkeit verbürgt worden ist." R.

Digitized by Google

VII.

Geständniß eines Dritten. Beiladung.

(Reus gegen Dennig.)

Die rechtliche Erheblichkeit der juristischen Thatsachen d. h. der Ereignisse, welche den Anfang, das Ende und den Uebergang von Rechtsverhältnissen bewirken, und ebendeßhalb den Grund der Klagen, Einreden u. s. w. bilden, ist nicht immer dadurch bedingt, daß jene Thatsachen, sofern es Handlungen sind, gerade von dem Gegner dessen herrühren, der sich darauf stützt, sondern es sind sehr häufig auch Handlungen dritter Personen oder mit dritten Personen, die eine entscheidende Wirkung auf das Resultat des Rechtsstreites ausüben und darin als Fundament der Klagen, Einreden u. s. w. erscheinen.

Gewöhnlich beruht dieses darauf, daß eine Partei für die Handlungen anderer Personen zu haften hat, z. B. ihres Rechtsvorfahren, Gewalthabers, oder wegen der Bestimmung des L.R.S. 1384. Allein es gibt auch noch andere Fälle, wo von dem Verhältniß der Haftbarkeit einer Partei für die Handlungen der dritten Person keine Rede ist, z. B. bei Zahlungen, die von einer Partei an den Gläubiger des Gegners geleistet worden sind. Der Richter hat hier natürlich vor allen Dingen zu prüfen, ob derartige mit einem Dritten vorgenommene Handlungen wirklich geeignet sind, die Partei zu binden, oder eine Rechtswirkung auf das Streitverhältniß zu äußern, in welchem sie vorgebracht wurden, und diese Beurtheilung beruht auf Anwendung der Grund-

Digitized by Google

sätze des Civilrechts. Ist aber die Relevanz nicht zu bezweifeln, und handelt es sich nur um den Beweis, so ist damit der Behauptende im Fall eines Widerspruches häufig in einer schwierigeren Lage, als wenn er eine Handlung seines Gegners zu beweisen hätte, denn dieser kann bei fremden Handlungen und Urkunden mit Nichtwissen antworten und nur hierüber zum Eide aufgefordert werden. Für solche Fälle ist nun namentlich die Frage von der höchsten praktischen Wichtigkeit, ob nicht von dem Dritten selbst eine Erklärung über seine Handlung gefordert werden könne und wie eine bejahende Antwort desselben rechtlich zu würdigen sei?

Eine solche Erklärung kann in verschiedenen Formen gedacht werden. Es kann

1) der Dritte vor Gericht erscheinen und im Prozesse selbst die aufgestellte Behauptung einräumen.

2) Der Beweispflichtige kann eine Urkunde vorlegen, welche von dem Dritten ausgestellt ist und ein außergerichtliches schriftliches Bekenntniß enthält. Auch kann hiemit, wenn die Aechtheit der Urkunde von dem Gegner bestritten wird, die erste Form in der Weise konkurriren, daß der Dritte die Aechtheit der Urkunde zugibt.

Endlich kann

3) dem Dritten, wenn er ebenfalls wie der Gegner läugnet, der Eid deferirt und dieser von ihm verweigert werden, so daß nunmehr die Thatsache als von ihm zugestanden anzusehen ist.

Offenbar hat die Antwort des Dritten in der einen wie in der anderen Form denselben juristischen Charakter, denselben rechtlichen Werth oder Unwerth und es muß daher für alle diese Fälle der gleiche Grundsatz maßgebend sein.

In dieser Allgemeinheit ist jedoch unseres Wissens diese Frage ungeachtet ihrer tiefen practischen Bedeutung noch nicht beleuchtet worden, sondern man kommt gewöhnlich nur bei Gelegenheit der einzelnen Formen, in welchen sie dargeboten wird, auf dieselbe zu sprechen und auch hier finden wir schon im gemeinen Rechte sehr verschiedene Meinungen. Was insbesondere

Digitized by Google

I. die mündliche Aussage des Dritten vor Gericht betrifft, so betrachtet sie

1) Gesterding, Nachforschungen I. Bd. S. 177.

als eine Zeugenaussage, stellt aber dabei den Grundsatz auf, oder vielmehr vertheidiget den schon früher aufgestellten Grundsatz „testis de facto proprio probat plene."

Er beruft sich theils auf Gründe, die aus der Natur der Sache entlehnt sind, theils auf

l. 58 §. 2 D. de aed. ed. 20. 1.

l. 7 D. de test. 22. 3.

2) Gegen ihn ist aufgetreten

Linde in seiner Zeitschrift Bd. 3. S. 182 ff.

indem er auszuführen sucht, daß die Aussage des Dritten über ein factum proprium durchaus nicht mehr Werth habe, als die eines Zeugen.

Aus den Beispielen, die hiebei gewählt sind, sieht man jedoch, daß an Handlungen dritter Personen im Allgemeinen und ohne Unterschied gedacht wird, daß namentlich solche Handlungen, welche eine Rechtswirkung erzeugen, Verbindlichkeiten des Dritten konstituiren, seine Rechte aufheben u. s. w., nicht von Handlungen anderer Art unterschieden werden, die nicht in die Klasse juristischer Thatsachen fallen. So wird z. B. davon gesprochen, daß beim Beweise eines Besitzstandes ein Dritter darüber deponiren soll, daß er das Feld bestellt habe u. s. w.

3) Dagegen lehrt

Reinhardt, Handbuch I. §. 161.

daß Aussagen dritter Personen über eigene Handlungen nicht als Zeugenaussagen angesehen werden dürfen, weil zum Begriffe eines Zeugen gehöre, daß er nur über Wahrnehmungen fremder Handlungen und Ereignisse deponire. Seine Meinung ist es übrigens durchaus nicht, wie seine Gegner ihn zum Theil verstanden zu haben scheinen, daß eine solche Aussage gar keinen Werth habe, er verbreitet sich vielmehr über den entgegengesetzten Grundsatz im §. 110, Note 4, indem er die Regel aufstellt, daß im Falle der Personeneinheit, wo also die physisch verschiedenen

Digitized by Google

Personen juristisch nur eine Person ausmachen, auch derjenige, der von der läugnenden Partei eine physisch verschiedene Person sei, statt derselben ein wirksames Bekenntniß ablegen könne. Er wählt indessen ein sehr unrichtiges Beispiel für seinen Grundsatz. Er setzt den Fall, daß eine cedirte Forderung widersprochen wird, und der zum Streite beigeladene Cedent erklärt, es sei richtig, daß ihm der angebliche debitor cessus nie etwas schuldig gewesen sei, daß er also den Cessionar betrogen habe. Er meint, dieses sei nun ein Geständniß, welches der Cessionar gegen sich gelten lassen müsse. Das ist aber durchaus unrichtig. Der Cedent bekennt ja hier keine einzelne von ihm herrührende Handlung, die den Grund einer Klage oder Einrede bildet, sondern er bestätiget die Richtigkeit der verneinenden Einlassung des Beklagten und es kommt sofort Alles darauf an, ob der Kläger die Existenz der Forderung beweisen kann oder nicht, und an diesem Beweise kann der Cessionar, wenn er ihn unternehmen will, durch die Erklärung des Cedenten nicht gehindert werden.

4) Es sagt ferner

Bethman Hollweg, Versuche S. 317.

folgendes:

„Eine Aussage, die für den Aussagenden einen rechtlichen Nachtheil enthält, verdient vollen Glauben. Wenn sie nun zugleich gegen einen Dritten spricht, so scheint es, müsse sie auch hier vollständig beweisen. Allein in der Regel wird sie dann zwei trennbare Thatsachen enthalten, wovon nur die Eine Geständniß, die andere aber ein einzelnes unbeschwornes Zeugniß gegen einen Dritten ist, welches keinen vollen Beweis ausmacht. Sollten aber beide Behauptungen untrennbar sein, so ist es wegen seiner Beziehung auf den Anderen kein reines Geständniß und nicht für vollständig beweisend zu erachten."

Nach dieser, übrigens nicht sehr klaren Bemerkung müßte also eine und dieselbe Erklärung nach der einen Seite hin als Geständniß, nach der anderen Seite hin als Zeugniß aufgefaßt werden.

Digitized by Google

II. In Ansehung der, in eine Privaturkunde eingekleideten Geständnisse eines Dritten geht

Linde, Lehrbuch §. 276.

schon etwas weiter, als bei den mündlichen Aussagen vor Gericht. Er sagt — übereinstimmend mit der gewöhnlichen Doktrin: daß Privaturkunden als gültige Geständnisse und einseitige Willenserklärungen gegen den Aussteller und solche Personen, die an den Willen des Ausstellers gebunden sind, beweisen. Dagegen sollen sie rücksichtlich Dritter nur als unbeschworene schriftliche Zeugnisse beurtheilt werden.

Hier liegt die Frage sehr nahe, wie es denn zu halten sei, wenn derjenige, an dessen Willen eine streitende Partei gebunden ist, keine Urkunde ausgestellt hat, aber im Prozesse selbst die Thatsache einbekennt? Ist er nun als ein Zeuge zu betrachten, dessen Aussage keine weitere Bedeutung hat, als die eines anderen einzelnen Zeugen? Bejaht man diese Frage, so wird eben die Partei, welche der Erklärung des Dritten bedarf, sich statt seines Mundes seiner Feder bedienen, seine Urkunde vorlegen und damit wäre sofort der unvollständige Beweis eines beeidigten Zeugen in einen vollständigen Urkundenbeweis verwandelt!

Was sodann die Beschränkung der Beweiskraft der Urkunden gegen dritte Personen auf diejenigen Fälle betrifft, wo eine Partei an den Willen des Dritten gebunden ist, so besteht dieselbe in einer Anwendung der Vertragsregel, daß Verträge nur unter den Contrahenten und ihren Rechtsfolgern wirken.

Mit diesem Satze kommt man aber hier nicht aus, weil die Erheblichkeit der Handlungen Dritter im Prozesse einen weiteren Umfang hat, und weil überhaupt die Erheblichkeit einer Thatsache und der Beweis derselben verschiedene Dinge sind, die nicht von derselben Regel regiert werden können. Es ist auch schon

Leyser spec. 275. med. 4.

von einer anderen Ansicht ausgegangen, indem er sagt: quum de re inter alios acta lis sit, etiam instrumenta inter alios confecta admitti oportet. Seine Meinung ist also diese: daß da, wo die Handlung eines Dritten im Prozesse von Erheblichkeit

Digitized by Google

sei, auch die von dem Dritten herrührende Urkunde als Beweismittel zugelassen werden müsse.

In neuerer Zeit hat

Wachenhusen im Civ. Archiv 13. Bd. Nro. VII. XII.

sehr eifrig und mit guten Gründen den Satz angefochten, daß Privaturkunden niemals gegen Dritte beweisen. Er vertheidiget die entgegengesetzte Regel, daß Privaturkunden, wenn sie ihrem Ursprunge nach ein wahres Geständniß des Ausstellers enthalten und in der Absicht, um als Beweismittel zu dienen, ausgestellt sind, nicht blos gegen den Aussteller, sondern auch gegen Dritte beweisen, also namentlich

a. wenn sie eine von dem Aussteller gegen den Inhaber übernommene Verpflichtung,

b. die Erfüllung einer dem Inhaber gegen ihn obgelegen habenden Verpflichtung, also die Auflösung des ihm zuständig gewesenen Rechts,

c. Den Uebergang eines ihm bisher zugestandenen Rechts auf den Inhaber anerkennen.

Der Grund hievon liege lediglich in der inneren Glaubwürdigkeit des Geständnisses als solchen. Es sei ein Vernunftsatz, daß dasjenige, was Jemand zu seinem Nachtheile ernsthaft und in der ausgesprochenen Absicht, dadurch ein Beweismittel gegen sich zu bilden, aussage, ohne besondere Gründe für das Gegentheil als wahr anzunehmen sei. Der Betrug habe die Vermuthung gegen sich. So beweise in aller Welt derjenige, der von einem verwalteten Gute Rechnung abzulegen habe, die ihm abgeläugneten Ausgaben durch Quittungen der Personen, an welche er die Ausgaben bezahlt habe, so legitimire sich im Prozesse der Anwalt durch Urkunden seines Mandanten, der Cessionar beweise die Cession durch die Cessionsurkunde, der Besitzer einer Sache, der mit einer Vindikation belangt ist, seinen Titel durch den Kaufkontract mit seinem Vorfahren u. s. w.

Aehnliche Grundsätze werden vertheidiget in

Seuffert Blätter für Rechtsanwendung 1844 Nr. 21.

Es wird namentlich ausgeführt, der Schuldschein des Cridars

beweise gegen alle Gläubiger, ebenso gegen den Bürgen, der Mandatar beweise seine Auslagen durch Quittungen des Empfängers, der Cessionar den für die Abtretung bezahlten Betrag durch die Cessionsurkunde.

III. Was endlich die Eideszuschiebung betrifft, so sind viele Schriftsteller des gemeinen Rechts der Meinung, daß man in gewissen Fällen einem Dritten und zwar mit der nämlichen Wirkung, wie der Gegenpartei einen Eid zuschieben könne, namentlich auch über die Aechtheit einer Urkunde.

Glück Pandecten XII. S. 277.
Schneider vom Beweise §. 209.
Grolman Civilprozeß §. 160.
Struben Bedenken IV. Nr. 34.

Linde sagt zwar in §. 302, daß man nur seinem Gegner einen Eid deferiren könne, allein in §. 113 hat er in Bezug auf die Adzitation einen Grundsatz aufgestellt, der die Möglichkeit einer Eideszuschiebung an einen Dritten vorzugsweise in sich begreift und wie aus seinen Citaten zu ersehen ist, namentlich auf diese Eideszuschiebung Bezug hat, wovon unten noch Mehreres.

Die Eideszuschiebung hat nun keinen anderen Zweck, als den Dritten zur Verweigerung des Eides und somit zu einem Geständnisse zu bringen. Würde dieses Geständniß nichts beweisen, wozu die Eideszuschiebung? Beweist es aber, warum soll unter den gleichen Umständen das freiwillige, ohne dieses Mittel abgelegte Geständniß keine Beweiskraft haben?

Wir sehen hieraus, daß die Hauptfrage stets die bleibt, ob und in welchen Fällen Geständnisse eines Dritten über seine eigenen Handlungen einen Beweis begründen.

Unter diesen Handlungen darf man aber nicht jedes beliebige Faktum eines Dritten verstehen, sondern nur eigentliche juristische Thatsachen, die ein Dritter vorgenommen hat und die nach ihrer Rechtswirkung gegen den Handelnden von der Art sind, daß das Einräumen derselben unter den Begriff eines Bekenntnisses fällt. Handlungen anderer Art, z. B. das Bestellen eines Feldes können nur Gegenstand eines Zeugnisses sein. Als Grund der Wirk-

Digitized by Google

samkeit des Geständnisses der Parteien selbst führt man häufig den an, daß Niemand etwas zu seinem Nachtheil aussagen oder einräumen werde, was nicht wahr sei, allein dieses ist, wenn auch an sich richtig, doch im Civilprozeß nicht der wahre Grund. Dieser liegt vielmehr in der Verhandlungsmaxime, wornach der Richter vermöge des Dispositionsrechts der Parteien das von diesen Eingeräumte als unbestritten und ausgemacht hinnehmen muß, gleichviel, wie es mit seiner juristischen Ueberzeugung steht, und ob er auch gute Gründe haben mag, die Wahrheit des Zugestandenen dennoch zu bezweifeln. Bei einem Dritten kann nun von einem Dispositionsrecht über den Streitgegenstand und von der hieraus abgeleiteten Kraft seines Geständnisses keine Rede sein, dagegen schlägt hier allerdings der andere, in der Natur eines Bekenntnisses an sich liegende Grund seiner Glaubwürdigkeit an, und schon der gesunde Verstand wird jeden, der eine solche Handlung eines Dritten beweisen soll, anleiten, sich allernächst auf denjenigen zu berufen, der die Handlung vorgenommen hat. Auch der Gesetzgeber muß einsehen, daß dieses das nächste und einfachste Beweismittel ist, mag es nun in diese oder jene Form eingekleidet sein.

Auf der anderen Seite wird er aber nicht weniger bedenken, daß eine unbedingte Zulässigkeit solcher Geständnisse zu betrüglichen Simulationen mißbraucht werden könnte, deren Beweis demjenigen, gegen welchen das Geständniß gemacht wird, oft schwer fallen müßte. Es kann deßhalb das Geständniß des Dritten nicht wie das der Partei unbedingt und ohne Rücksicht auf die richterliche Ueberzeugung, die es nach den Umständen des einzelnen Falles zu begründen vermag, für gültig angenommen werden.

Unsere vaterländische Gesetzgebung hat für die richtige Ausgleichung dieser beiderseitigen Rücksichten und zur Förderung des materiellen Rechts wichtige Anhaltspunkte gegeben.

Nach §. 572 ist die Eideszuschiebung an einen Dritten zugelassen und damit deutlich genug ausgesprochen, daß die Erklärung des Dritten nicht von dem Gesichtspunkte einer Zeugenaussage aufzufassen sei, sondern als ein Bekenntniß, und daß dieses Ge-

Digitized by Google

ständniß eines Dritten als Beweismittel wider den Gegner benützt werden könne. Diese Bestimmung wäre nämlich ohne allen Sinn und eine reine Illusion, wenn die Verweigerung des Eides nicht die Folge des Eingeständnisses nach sich ziehen oder wenn dieses Geständniß keine Wirksamkeit wider den Gegner des Deferenten äußern würde.

Wer sollte wohl von einer Eideszuschiebung Gebrauch machen, wenn er durch dieses Mittel nur den Prozeß verlieren, ihn aber niemals gewinnen könnte, wenn insbesondere die Eidesverweigerung dem Deferenten nicht denjenigen Vortheil gewähren würde, auf den er es bei der Eideszuschiebung doch allein abgesehen hat?

Unsere Pr.-O. sagt auch nichts davon, daß die Eidesverweigerung des Dritten anders beurtheilt werden soll, als die der Partei selbst. Bewirkt sie aber nach §. 602 der Pr.-O. ein den Probaten bindendes Geständniß, so versteht sich, wie schon oben bemerkt, wohl ganz von selbst, daß unter den gleichen Umständen auch das freiwillige, ohne Eideszuschiebung abgelegte Geständniß die gleiche Bedeutung hat. Wollte man dieses wegen möglicher Collusionen verwerfen, so müßte man auch das Recht der Eideszuschiebung aufheben, weil die Delation und die Verweigerung des Eides eben so leicht die Folge einer Collusion zwischen dem Deferenten und Delaten sein könnten, wie das directe Geständniß.

In welchen Fällen nun aber eine Eideszuschiebung an einen Dritten und eben deßhalb auch ein Geständniß des Dritten zuläßig und wirksam sei, bestimmt der §. 572 der Pr.-O. nicht, indem er nur die prozessualischen Voraussetzungen der Aufforderung zum Eide angibt. Das Geständniß oder der Eid müssen jedenfalls eine Handlung des Dritten, welche den Grund einer Klage oder Einrede bildet, oder die Aechtheit einer vom Dritten herrührenden Urkunde zum Gegenstande haben, allein die Hauptfrage ist, ob innerhalb dieser Grenze und beim Dasein dieser Voraussetzungen der Product es ist, der die Simulation zu beweisen hat, sofern er die Beweiskraft des Bekenntnisses dadurch beseitigen will, oder ob umgekehrt der Producent den Verdacht einer Collusion durch anderweite Umstände beseitigen muß?

Digitized by Google

Wichtige Momente hiefür ergeben sich aus den Bestimmungen des Landrechts über den Urkundenbeweis. Das Landrecht sagt überall nicht, daß Urkunden, also außergerichtliche schriftliche Bekenntnisse und Willenserklärungen, gegen einen Dritten nichts beweisen sollen, seine Bestimmungen setzen vielmehr umgekehrt die Möglichkeit einer solchen Beweiskraft nothwendig voraus,

Bekk in den Annalen 1841 S. 181,

und dieses ist ein weiterer Beleg dafür, daß auch Bekenntnisse des Dritten im Prozesse selbst nicht unerheblich sein können.

Allein der Satz 1328 bestimmt ferner, daß Privaturkunden gegen dritte Personen kein sicheres Datum haben, außer wenn das Datum durch gewisse anderweite, von dem Willen des Ausstellers unabhängige Umstände festgestellt ist. Dieses sichere Datum hat alsdann die Wirkung, daß dem Producten der Beweis obliegt, daß dieses Umstandes ungeachtet das bezeugte Faktum selbst auf einer Gefährde gegen ihn beruhe. Hieraus folgt nun die wichtige Beschränkung, daß in allen Fällen, wo ein außergerichtliches schriftliches Bekenntniß ein sicheres Datum haben müßte, um gegen den Producten beweisen zu können, auch das gerichtliche Geständniß des Dritten keinen unbedingten Glauben ansprechen darf. Es müssen vielmehr zu diesem Bekenntnisse noch andere Vermuthungsgründe hinzutreten, welche den Verdacht einer Simulation oder einer Vordatirung des Faktums beseitigen. Als Mittel zu diesem Zwecke sind nach allgemeinen Grundsätzen auch dringende Vermuthungen zulässig, denn gleichwie das Dasein einer Simulation nach L.R.S. 1353 durch Vermuthungen bewiesen werden kann, so muß auch der Gegenbeweis durch Vermuthungen erbracht werden können.

Eben dieser Grundsatz ist in §. 867 unserer Pr.=O. auf Geständnisse des Gemeinschuldners angewendet worden und das Verhältniß des Gemeinschuldners zu den Gläubigern ist dem eines Dritten, aus dessen Handlungen Klagen und Einreden abgeleitet werden, vollkommen ähnlich, denn auch der Gemeinschuldner hat kein Dispositionsrecht über das die Gantmasse bildende Vermögen, und die Unfähigkeit, nach Belieben über den Streitgegenstand durch

Digitized by Google

Verzichte zu verfügen, ist gerade bei jedem Dritten, wie beim Gemeinschuldner der Grund, welcher der unbedingten Wirksamkeit seiner Aussagen entgegentritt. Wenn daher die allgemeine Regel des Satzes 1353 bei Geständnissen des Gemeinschuldners in der Weise zur Anwendung kommt, daß seine an sich nicht vollkommen glaubwürdige Bekenntnisse durch Vermuthungen von dem Verdachte einer Simulation gereiniget werden können, so sind wir gewiß berechtiget, jene Regel auch in unsern ganz analogen Fällen zu befolgen. Man wird hiebei um so weniger Anstand finden, wenn man bei der Auslegung des Satzes 1328 der Meinung beipflichtet, daß die dort angeführten Mittel zur Herstellung eines sicheren Datums nicht die einzig zulässigen seien — eine Streitfrage die wir hier nicht näher erörtern können.

Auch schon in den oben allegirten Pandectenstellen, nämlich

l. 58 §. 2 de aed. ed. 20. 1.
l. 7 D. de test. 22. 3.

findet sich eine ähnliche Bestimmung, indem hier dem Geständnisse eines Dritten unter der Bedingung: „si alia indicia non deficiunt" Beweiskraft beigemessen wird.

Die Nothwendigkeit einer solchen Unterstützung des Geständnisses tritt aber wie bemerkt nur da ein, wo auch das schriftliche Bekenntniß zur Abwendung des Verdachts einer Vordatirung mit einem sicheren Datum versehen sein müßte. Würde dagegen die Urkunde ohne sicheres Datum beweisen, so ist kein Grund einzusehen, warum dem Bekenntnisse vor Gericht nicht gleiche Wirksamkeit eingeräumt werden sollte, vorbehaltlich jedoch des dem Probaten obliegenden Beweises, daß eine Gefährde, wo solche überhaupt gedenkbar ist, unterlaufen sei.

Auf die Beantwortung der Frage, wann das Gesetz ein sicheres Datum fordere, kann man sich hier nicht einlassen, aber so viel ist jedenfalls gewiß, daß ein solches nicht in allen Fällen des Gebrauchs einer Urkunde gegen Dritte nothwendig ist.

Aus dem bisherigen ergeben sich also folgende Resultate:

1) Wenn der Grund einer Klage oder Einrede u. s. w. in Handlungen dritter Personen besteht, oder die Urkunde eines

Digitized by Google

Dritten produzirt wird und deren Aechtheit zu beweisen ist, so ist das gerichtliche Bekenntniß der betreffenden dritten Person ein zulässiges Beweismittel.

2) Würde jedoch das Gesetz im Falle der Production eines urkundlichen Bekenntnisses ein sicheres Datum erfordern, so kann das Geständniß des Dritten ebenfalls keinen Beweis ausmachen, es sei denn, daß der hier obschwebende Verdacht durch anderweitige dringende Vermuthungen oder Beweise beseitiget wird.

3) In allen anderen Fällen dagegen ist es Sache des Probaten, den Beweis der Simulation zu führen, oder dadurch wenigstens die Beweiskraft in ähnlicher Weise, wie dieses nach §. 434 der Pr.-O. beim Urkundenbeweise aus der Beschaffenheit der Urkunden folgen kann, zu schwächen.

Nimmt man diese Ausführung als richtig an, so sind auch die Räthsel nicht schwer zu lösen, welche die §§. 118 und 572 der Pr.-O. unserer Praxis aufgegeben und welche schon so vielartige Lösungsversuche veranlaßt haben.

Der §. 118 unserer Pr.-O. ist, wie bekannt, fast wörtlich aus dem §. 113 des Lehrbuchs von Linde entnommen worden. Linde selbst macht in seiner neusten Ausgabe hierauf aufmerksam. Einer besonderen Klarheit kann sich freilich weder das Original noch die Copie rühmen, allein das erstere hat wenigstens durch die in den Noten enthaltenen Citate Aufschluß über seinen wahren Sinn gegeben und wir dürfen unterstellen, daß bei der Adoption jenes §. die gleichen Ansichten zum Grunde gelegen haben. Der von Linde angerufene

Grolman, Prozeß §. 160.

sagt namentlich:

„Rechtlich können nur dann dritte Personen zu einem anhängigen Rechtsstreite hinzugeladen werden, wenn sie mit einer Partei in dem Verhältnisse juristischer Einheit stehen, wie Cedent und Cessionar und nun eine prozessualische Handlung vorkommt, welche ihrer Natur nach nicht von dem bisher erschienenen Individuum, sondern nur von dem mit diesem vereinten aber noch nicht erschienenen Indivi-

Digitized by Google

duum vorgenommen werden kann, z. B. Eidesleistungen. Der Adzitat erscheint nun ganz als die Partei, zu welcher er geladen wird, und das Verfahren geht daher auch in contumaciam seinen Gang nach dem durch den Inhalt der Ladung bezeichneten Wege regelmäßig fort."

Diese Ansicht von Linde, Grolman u. s. w. ist im gemeinen Rechte freilich nicht allgemein anerkannt, allein für uns ist sie Gesetz geworden und zwar in einer noch weiteren Ausdehnung, als Grolman jene Beiladung zugelassen hat. Diese gesetzliche Bestimmung verdient auch keinen Tadel. Nur muß sie richtig angewendet werden, und in dieser Beziehung ist nicht zu übersehen, daß die Fassung unseres §. 118 eine Beschränkung der Beiladung auf den Fall der Personeneinheit nicht gestattet.

Es wird nur ein Verhältniß vorausgesetzt, kraft dessen der Dritte allein die in Frage stehende Prozeßhandlung vornehmen kann und diese Handlung ist keine andere, als die Einlassung oder nöthigenfalls die Eidesleistung über eine juristische Thatsache, die von dem Dritten selbst herrührt, indem hier nur von dem Handelnden, also von dem Dritten verlangt werden kann, daß er sich mit Wahr oder Nichtwahr einlasse und daß er im letzteren Fall einen Wahrheitseid schwöre, während der Gegner mit Nichtwissen antworten darf. Es ist auch in der That kein Grund einzusehen, warum nur bei der Personeneinheit, nicht aber auch in anderen Fällen, wo die Handlung des Dritten vermöge eines besonderen Rechtsverhältnisses von Erheblichkeit ist, der Dritte zur Erklärung sollte aufgefordert werden können. Wenn es z. B. in einem Prozesse nur allein auf die Thatfrage ankömmt, ob der Kläger den Gläubiger des Beklagten befriediget habe, warum soll hier die Erklärung des Gläubigers, obwohl er nicht Eine Person mit dem Schuldner ist, keinen Werth haben? Der Beklagte kann ja von seinem Gläubiger, der die Zahlung anerkennt, nie mehr belangt werden und dieses Anerkenntniß ist daher an sich zum Vortheile des Beklagten in seiner Stellung zu dem Gläubiger.

Ist also das Geständniß des Dritten nach obigen Grundsätzen erheblich, und es will die Partei, welche sich auf diese Handlung

Digitized by Google

berufen hat, davon Gebrauch machen, so kann sie den Dritten beiladen lassen, sofern er nicht schon als Nebenintervenient oder Litisdenunciat im Prozesse aufgetreten ist, und ihm, wenn er läugnet, einen Eid zuschieben.

Die Vorladung muß unter Androhung des Rechtsnachtheils des Eingeständnisses geschehen, denn wenn der Dritte nach §. 572 zur Eidesleistung sub pœna confessi vorgeladen werden kann, so ist wahrlich nicht einzusehen, warum ihm dieser Nachtheil nicht schon bei der ersten Ladung sollte angedroht werden können.

Sehr vernünftig bestimmt der §. 572 der Pr.-O. weiter, daß man den Dritten nicht erst dann hereinziehen soll, wenn es sich um die Eidesdelation handelt, denn es ist nichts natürlicher, als daß man denjenigen, dem ein Eid zugeschoben werden soll, vorerst zur Erklärung veranlaßt, ob er die Thatsache zugestehe oder abläugne, und es werden dadurch auch die etwaigen Streitigkeiten über den Beizug des Dritten in dem hiezu geeigneten Stadium des Prozesses, nämlich sogleich bei der verneinenden Erklärung des Gegners, zur Sprache und zur Erledigung gebracht.

Bleibt der Dritte ungehorsam aus, nachdem seine Beiladung beschlossen wurde, nimmt er also an dem Streite über das betreffende Faktum keinen Theil, so gilt dieses für zugestanden und es wirkt alsdann dieses Bekenntniß natürlich auch gegen den Dritten selbst, wenn etwa später jenes Faktum in einem Prozesse des Dritten mit einer der gegenwärtigen Parteien zur Sprache kommt. Einer Eideszuschiebung aber bedarf es nicht mehr.

Die hier erörterten Grundsätze sind wenigstens theilweise in folgendem Prozesse beim Oberhofgericht zur Anwendung gekommen:

Das Comptoir für Literatur und Kunst zu Frankfurt verlegte in den Jahren 1834 — 41 ein von Conrad Friedrich, genannt Strahlheim, verfaßtes Werk, betitelt „das Welttheater."

Im Jahre 1841 erschien im Verlage der Buchhandlung Denig Fink und Comp. zu Pforzheim

1) ein Werk betitelt: „Allgemeine Weltgeschichte für die reifere Jugend" und

Digitized by Google

2) ein weiteres Werk unter dem Titel „Allgemeine Weltgeschichte der letzten 50 Jahre."

Das Handlungshaus Reus und Comp. von Frankfurt trat nun als Inhaber obigen Comptoirs mit einer Klage gegen die Handlung Denig Fink auf, worin behauptet wurde, die beiden letzt genannten Werke seien nichts anderes als wörtliche Auszüge aus dem Welttheater, indem nur höchst unbedeutende Aenderungen daran vorgenommen worden seien. Die Herausgabe jener Werke erscheine daher als Nachdruck. Es wurde auf den Grund des Gesetzes über den Nachdruck vom Jahre 1806 gebeten, den beklagten Theil zur Leistung der dort für den Nachdruck ausgesprochenen Entschädigungsverbindlichkeit zu verurtheilen.

Der Beklagte bestritt die behauptete Identität und brachte weiter vor, daß der Verfasser des Welttheaters selbst die beiden Werke in den Verlag des Beklagten gegeben habe. Conrad Friedrich schloß sich dem Beklagten als Nebenintervenient an und bevollmächtigte denselben Anwalt. Die Klage wurde in den beiden ersten Instanzen aus Gründen abgewiesen, die das Oberhofgericht nicht für richtig anerkannte, worüber schon in den

Annalen von 1846 S. 142 ff.

das Nähere mitgetheilt wurde. Es ergieng in dritter Instanz ein Beweiserkenntniß, welches dem Kläger ausser dem Nachweise der Aktivlegitimation den Beweis der Identität des Inhalts der fraglichen Werke auferlegte, dem Beklagten aber den Beweis darüber nachließ, daß der Verfasser selbst ihm die fraglichen Werke käuflich in Verlag gegeben habe.

Der Beklagte hat zur Führung seines Beweises den mit Friedrich abgeschlossenen Vertrag und mehrere Briefe desselben vorgelegt, die der Kläger mit Nichtkennen der Aechtheit beantwortete. Nach gepflogenen Verhandlungen wurde der Kläger auf den Grund dieses Beweises auch in dritter Instanz abgewiesen.

Oberhofg. Entscheidungsgründe.

Der dem Beklagten auferlegte Beweis, daß ihm die Schriften „Allgemeine Weltgeschichte u. s. w. von dem Verfasser Conrad

Friedrich in Verlag gegeben worden seien, muß als geführt und darum die Klage, wie dieses in den früheren diesseitigen Entscheidungsgründen dargethan ist, als elidirt angesehen werden. Conrad Friedrich hat sich nämlich schon in erster Instanz als Nebenintervenient der Rolle des Beklagten angeschlossen und einen gemeinschaftlichen Anwalt mit dem Beklagten aufgestellt, weßhalb alle Rechtshandlungen und Urkunden, die von dem Nebenintervenienten herrühren sollen und auf die sich der Beklagte berufen hat, als von jenem anerkannt zu betrachten sind.

Dieses Geständniß, wodurch der Nebenintervenient alle Verantwortlichkeit wegen der Herausgabe fraglicher Werke auf sich allein geladen hat, ist durch anderweite Umstände von jedem Verdachte einer Simulation oder einer gemeinschaftlichen betrüglichen Vorspiegelung des Beklagten und des Nebenintervenienten durch dringende Vermuthungen vollkommen geschützt. Es ist schon an sich höchst unwahrscheinlich, daß der Beklagte ein Werk der Oeffentlichkeit zu übergeben und eine lebende Person, wenn auch nur durch indirecte Bezeichnung derselben, als Verfasser zu benennen wagen sollte, wenn diese Person schlechthin keinen Antheil an diesem Werke hat, indem der Beklagte aus einer solchen Handlung überall keinen Vortheil ziehen, sondern sich in jeder Hinsicht den größten Nachtheilen aussetzen würde.

Die Unterstellung, daß Conrad Friedrich, welcher seit dem Erscheinen jener Werke seine Ankündigung als Verfasser nirgends widersprochen hat, erst hinterher und im gegenwärtigen Prozesse jene Werke, obwohl sie ohne sein Zuthun erschienen waren, fälschlich als die seinigen anerkannt oder fälschlich vorgegeben habe, mit dem Beklagten deßhalb in Vertragsverhältnissen zu stehen, wird aber vollends beseitiget durch die vom Beklagten vorgelegten Urkunden, unter welchen das Schreiben des Conrad Friedrich vom 12. Oktober 1840 durch den Poststempel ein sicheres Datum hat und klar zeigt, daß zwischen dem Schreiber und dem Beklagten ein Verlagsvertrag über das kurz darauf erschienene Werk verabredet worden ist. Da nun das Geständniß eines Dritten über eigene Handlungen, die ihn verantwortlich

machen, nach richtiger Anwendung der §§. 118. 572, ferner der Analogie des §. 867 der Pr.-O. und L.R.S. 1328 als Beweis jener Handlungen gilt, sofern der Verdacht der Simulation beseitiget ist, und da hier ebenso, wie bei dem Beweise, daß eine Simulation stattgefunden habe, dringende Vermuthungen ein zulässiges Beweismittel sind, L.R.S. 1353, so muß die zum Beweise ausgesetzte Einrede um so mehr als erwiesen angenommen werden, weil in dem Verhältnisse zwischen dem Kläger und dem Beklagten eine unerlaubte Handlung in Frage steht, und sowohl zur Begründung als zur Widerlegung der Voraussetzungen einer solchen Handlung alle Beweismittel ohne Ausnahme benützt werden können. Daß der Beklagte schon bei dem Abschlusse des Vertrages selbst in bösem Glauben gewesen und sich zum Mitschuldigen einer Vertragsverletzung des Conrad Friedrich gemacht habe, ist vom Kläger nirgends mit Bestimmtheit behauptet, sondern nur aus Gründen, die schon in den Motiven zum Beweiserkenntniß ihre Widerlegung gefunden haben, geltend gemacht worden, daß auf dem Beklagten der Verdacht des bösen Glaubens oder der Gefährde ruhe, weßhalb diese Frage nicht weiter in Betracht kommen kann.

Aus diesen Gründen und mit Rücksicht auf §. 169 der Pr.-O. wurde, wie geschehen, erkannt. R.

Digitized by Google

VIII.

Entschädigung wegen Schrifteigenthumsverletzung.

(Buchhändler Winter und Professor Gensler's Erben zu Heidelberg gegen Professor Morstadt und Buchhändler Groos daselbst.)

Die von Hohnhorst herausgegebenen älteren oberhofgerichtlichen Jahrbücher haben im 6. Jahrgang unter Nr. XII. einen Rechtsfall mitgetheilt, welcher seiner Zeit großes Interesse in der juristischen Welt erregt hat. Es handelte sich dort um die Frage, ob das von Morstadt und Groos besorgte Herausgeben der von dem verstorbenen Gensler hinterlassenen Collegienhefte über den Civilprozeß ein unbefugter Eingriff in das Schrifteigenthum, und inwiefern die Klage auf Vernichtung des Abdrucks und Entschädigung von Seite des Verlegers Winter und der Genslerischen Erben, welche diesem Buchhändler dasselbe Manuscript in Verlag gegeben hatten, begründet sei.

Der Rechtsstreit wurde im Jahr 1830 in dritter Instanz zum Nachtheil der Beklagten dahin entschieden:

„Daß die Beklagten durch Herausgabe der Genslerischen Diktate über Martins Civilprozeßlehrbuch in das Schrifteigenthum und beziehungsweise das Verlagsrecht der Kläger einen rechtswidrigen Eingriff gemacht haben und deßhalb schuldig seien,

> sämmtliche nicht abgesetzte und noch vorhandene Exemplare der von ihnen veranstalteten Auflage des Genslerischen Commentars zu Martins Civilprozeßlehrbuch sogleich aus dem Buchhandel zurückzuziehen, und solche gerichtlich zu be-

Digitized by Google

ponіren, und die Kläger für allen durch ihr unerlaubtes Unternehmen erweislich zugefügten Verlust und entzogenen Gewinn vorbehaltlich der Liquidation zu entschädigen."

Nachdem durch ein Zwischenverfahren die Zahl der gedruckten und verkauften Exemplare auf 495 festgestellt war, forderte Kläger den Erlös der verkauften Exemplare nach Abzug der Unkosten für Druck und dergl. Zu diesem Ersatze wurde auch der Beklagte in allen Instanzen verurtheilt, aber nicht aus den gleichen Gründen. Nur in Ansehung der noch weiter geforderten Zinsen weichen die Urtheile von einander ab.

Der Richter erster Instanz fand den Grundsatz, daß der Beklagte jenen Erlös herausgeben müsse, schon in den früheren Urtheilen enthalten.

Dagegen lauten die

Hofgerichtl. Entscheidungsgründe

dahin:

Es läßt sich nicht mit dem Unterrichter annehmen, daß in den frühern oberhofgerichtl. Urtheilen bereits darüber, daß die Anzahl oder der Erlös der verkauften Exemplare den Maaßstab der Entschädigung darstellen soll, und daß es sich nur noch um Festsetzung des Betrags handle, eine directe oder indirecte Entscheidung enthalten sei, wohl aber wurde damals in den Entscheidungsgründen schon die Ansicht ausgesprochen, daß die Anzahl dieser Exemplare die Grundlage zur Bildung einer die versäumte Hinterlegung vertretenden Entschädigung bilden könne, und dies mit Recht.

Hält man sich an den Begriff der Entschädigung im engsten Sinne, so kann man zwar darunter nur verstehen entweder den Verlust, den der Kläger in seinem eigenen Absatz dadurch erlitt, daß die Beklagten 495 Exemplare desselben Werkes abdruckten und absetzten, oder den Gewinn, der ihm durch dieses Unternehmen entgieng, und um dieses zu ermessen, wäre die Anführung aller Verhältnisse nöthig gewesen, unter denen der Kläger den rechtmäßigen Verlag übernahm und ausführte, insbesondere die Nachweisung seiner Auslagen, des Absatzes und der Nachfrage, weil

allerdings daraus, daß die Beklagten einen gewissen Gewinn machten, noch nicht folgt, daß auch der Kläger denselben Gewinn gemacht haben würde, oder daß, wenn ein Verlust statthatte, dieser dem Gewinn der Beklagten gleich kam.

Allein der Kläger hat in der Klage nicht gerade eine solche Entschädigung im engsten Sinne, sondern urtheilsmäßige Entschädigung verlangt, und theils war ihm diese im weitesten Sinn vorbehalten, wie sich aus den oberhofg. Entscheidungsgründen zu dem Vorbescheid vom 24. Dez. 1834 und zu dem Urtheile vom 11. Dez. 1835 entnehmen läßt, theils käme es auf den Umfang dieses Vorbehaltes, wenn er auch enger zu verstehen wäre, nicht an, weil Kläger durch die der Klage angehängte Berechnung deutlich zu verstehen gegeben hat, was er in Anspruch nehmen wollte, und weil er diese Ansätze nicht gerade auf den Theil des oberhofgerichtl. Urtheils, welcher von der Entschädigung handelt, sondern auf dieses Urtheil und auf die Akten überhaupt gegründet hat, also auch auf den Umstand, daß das Unternehmen der Beklagten unbedingt als ein unerlaubtes, als ein unrechtmäßiger Gebrauch eines fremden Eigenthums erkannt worden war.

So gut nun derjenige, dem eine fruchttragende Sache entzogen worden ist, von dem unredlichen Besitzer die Früchte als einen ihm kraft Gesetzes zustehenden Gewinn, oder als Entschädigung im weiteren Sinne des Wortes herausfordern kann, eben so gut kann der Kläger den von den Beklagten aus seinem Verlagswerk bezogenen Gewinn ansprechen.

Der Kläger, dem unbestritten das Verlagsrecht an diesem Werke zusteht, erscheint jedem Dritten gegenüber als Eigenthümer, weil ihm für die Zeit und den Umfang seines Verlagsrechts, welches nach L.R.S. 577 de sich im Zweifel auf eine beliebige Anzahl von Abdrücken derselben Auflage ausdehnt, der L.R.S. 577 dd ein wahres Eigenthumsrecht am Inhalte, also nicht blos die Befugnisse eines Nutznießers gemäß L.R.S. 613, 614, sondern jene eines Nutzeigenthümers gemäß L.R.S. 577 am zutheilt. Nun steht aber ein Schriftwerk zu seinem Absatz offenbar in demselben Verhältnisse, wie eine andere Sache zu ihren Früchten. Denn

Digitized by Google

da die Abnehmer nur an den gekauften Abdrücken Eigenthum erworben (L.R.S. 577 df), während der Inhalt fortwährend das Eigenthum des Verfassers oder Verlegers bleibt und die Substanz bildet (L.R.S. 577 dd), so stellt sich der durch die Vervielfältigung und Absetzung des Werks eingehende Erlös in der That als ein aus Sache und Arbeit fließendes Produkt eben so dar, wie die durch Natur und Cultur einer andern Sache erzeugte Frucht, und er hat vollkommene Analogie mit den in L.R.S. 584 beispielsweise aufgeführten bürgerlichen Früchten.

Das Recht des Früchtebezugs aber beruht auf dem mit dem Eigenthum an der Sache verbundenen Rechte des Zuwachses, und gleich wie das Gesetz nicht will, daß der Zuwachs ohne Willen des Eigenthümers einem Dritten zukommen soll, der nicht redlicher Besitzer ist, eben so wenig konnte es wollen, daß dem Spolianten eines Geisteswerkes irgend ein, als dessen naturgemäßes Produkt erscheinender Vortheil ohne Willen des Eigenthümers zu gut kommen, daß er in seinem unrechtmäßigen Gewinn geschützt werden soll. Daher bestimmt der L.R.S. 549, daß der nicht redliche Besitzer verbunden sei, die Früchte mit der Sache dem rückfordernden Eigenthümer zurückzugeben, und der L.R.S. 1155 a verfügt, daß darunter nicht allein alle verzehrte Früchte ohne Ausnahme, sondern auch die vernachläßigten zu verstehen seien. An diesem Ersatze kommen nach L.R.S. 548 nur die nothwendigen und nützlichen Auslagen in Abzug.

Dies vorausgesetzt, so hat der Kläger nur zu beweisen, wie viele Exemplare und um welchen Preis die Beklagten sie abgesetzt haben, und wie viele nothwendige und nützliche Kosten sie nach dem gewöhnlichen Aufwand zu verwenden hatten. Was nicht zu diesem *gewöhnlichen* Aufwand gehört, was überhaupt nicht als *Aufwand* (Kosten) sondern als *Arbeit* der Beklagten erscheint, kommt ebensowenig in Betracht als sonstige zufällige Umstände, welche bei den Beklagten den Absatz mehr begünstigten, als es bei dem Kläger der Fall gewesen wäre. (Es folgt nun darnach die Prüfung der von den Beklagten berechneten Auslagen und des Beweises der Forderung der Kläger, der bezüglich der Haupt-

Digitized by Google

forderung als gelungen angesehen wird.) Hinsichtlich der Zinsforderung wird gesagt:

Was die geforderten Verzugszinsen betrifft, so macht das Gesetz, insbesondere bezüglich auf Früchte, der L.R.S. 1155, deren Schuldigkeit nicht von der Liquidität der Hauptforderung abhängig, sondern von der Anforderung oder ihr ähnlichen Umständen. Wo es sich um unrechte Thaten handelt, ergibt sich dies besonders aus den L.R.S. 1846, 1996, wonach ein Gesellschafter oder Gewalthaber Gelder, die er in eigenem Nutzen verwendet hat oder sonst in Rechnung schuldig bleibt, ohne Rücksicht auf sogleich vorhandene vollkommene Liquidität derselben zu verzinsen hat. Jedenfalls aber kann hier von Mangel an Liquidität nicht die Rede sein, weil, wenn auch nicht der Kläger, dennoch die Beklagten genau wußten, was sie als Gewinn bezogen, und daß sie im schlimmsten Falle diesen Gewinn zu ersetzen hatten, zudem die Grundlage, wonach Kläger Entschädigung forderte, bereits in den früheren Verhandlungen erörtert war. Der Einwand, daß erst durch das unterrichterliche Urtheil vom 28. Sept. 1831 ausgesprochen worden, daß die fehlenden Exemplare als abgesetzt zu betrachten seien und daß erst von da an Verzugszinsen laufen könnten, ist ungegründet, weil durch dieses Urtheil nicht die Zeit des Absatzes, sondern überhaupt nur das Präjudiz, daß sie abgesetzt waren, ausgesprochen wurde, und es Sache der Beklagten war, zu behaupten und nachzuweisen, daß damals, wo sie zur Deponirung verurtheilt waren, noch kein oder kein vollständiger Absatz stattgefunden hatte.

Oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe.

„Nach der nirgends aufgehobenen und deßhalb zufolge dem 2. Einführungsedikte zum Landrechte in allem, was durch letzteres nicht ausdrücklich geändert wurde, noch fortwirkenden Verordnung im Regbl. vom Jahr 1806 Nr. XX., hätte außer der Ausfolgung der Nachdruckausgabe zur Vernichtung, der doppelte Preis der Originalausgabe für jedes erweislich verkaufte Stück des Nachdrucks begehrt werden können; es muß also schon hiernach

der geforderte geringere Betrag von 1440 fl. als gerechtfertigt angesehen werden. Diese Schadensforderung der Kläger erscheint aber, wenn man auch hievon, in Rücksicht auf die Begründung derselben in der vorliegenden Klage, absehen will, auch aus andern Gründen gerechtfertigt.

Schon in dem frühern oberhofgerichtl. Urtheil vom 11. Dez. 1835, verbunden mit dem vom Beklagten Groos abgeleisteten Eid, ist ausgesprochen, daß die Größe der Nachdruckauflage mit 500 Exemplaren der Entscheidung über die klägersche Entschädigungsforderung zur Grundlage dienen soll. Nach den Gründen zu jenen oberhofgerichtlichen Erkenntnissen, insbesondere zu dem vom 11. Dez. 1835 kann dies, wie auch schon der Unterrichter mit Recht angenommen hat, keinen andern Sinn haben, als daß die Größe der Entschädigung der Kläger nach Maaßgabe des von dem Beklagten durch das unerlaubte Unternehmen gemachten Gewinns bestimmt werden solle. Für diese Rechtsansicht spricht außer dem L.R.Zus. 1155 a und der natürlichen Billigkeit, nach welcher nur der Eigenthümer Nutzen aus seinem Schrifteigenthum zu ziehen berechtigt ist, nicht aber der Spoliant, auch noch weiter die Analogie des L.R.Zus. 1151 a.

Das Gesetz verlangt in solchen Fällen der vorsätzlichen Schadenszufügung, welche hier unterstellt werden muß, nicht die strenge Nachweisung, daß der Beklagte ohne die unrechte That den Gewinn gemacht haben würde, es will ihm vielmehr, da jener strenge Beweis wohl in den meisten Fällen unmöglich wäre, durch eine Rechtsfiktion zu Hilfe kommen, vermöge welcher es sich mit der Möglichkeit des in Anspruch genommenen Gewinns begnügt, wofern diese Möglichkeit nur irgend einen festen Anhaltspunkt hat, welcher in unserm Falle ebensogut in dem von andern (dem Beklagten) gemachten Gewinn gegeben ist, als derselbe in dem im S. 1151 a speziell ausgedrückten Falle in der Thatsache, daß der zu Grund liegende Werth in irgend einem Zeitpunkte von der beschädigenden That bis zur Entschädigung vorkam, gefunden wird. — Vergl. Brauers Erläuterungen zu S. 1151 a Bd. III. S. 93.

Digitized by Google

Die Beklagten können sich auch nicht über ein ihnen zugefügtes Unrecht beklagen, wenn sie angehalten werden, den durch ihre unrechte That gemachten Gewinn an die dadurch Beschädigten herauszugeben, nachdem einmal rechtskräftig ausgesprochen ist, daß sie eine unrechte That begangen und daß sie die Kläger zu entschädigen verbunden seien.

Nach diesem Maaßstab der Entschädigung muß aber bei Berechnung des Gewinns dasjenige in Abzug gebracht werden, was die Beklagten als rechtmäßige Auslage bei dem Absatze des nachgedruckten Werks behaupten können.

Da nun die Beklagten nicht beabreden konnten, daß sie nur 5 Exemplare bei Amte deponirt haben und da theils durch Urkunden, theils durch die bereits in erster Instanz erhobene Expertise hergestellt ist, daß der Ladenpreis zu 6 Gulden das Exemplar festgesetzt war, der Brutto-Ertrag abzüglich des Rabatts von 33⅓ pCt. sich somit auf 1980 fl. belief, und für Satz und Druck pr. Bogen 9 fl., folglich im Ganzen von 43½ Bogen 391 fl. 30 kr., sodann für Papier 2 fl. 48 kr. pr. Ries (43½ Ries) 121 fl. 48 kr., — zusammen 513 fl. 18 kr. als Auslage in Abzug kommen, so stellt sich im Ganzen ein Netto-Ertrag oder Gewinn von 1466 fl. 42 kr. heraus, somit noch ein Ueberschuß von 26 fl. 32 kr. über die Klagforderung (1440 fl. 10 kr.), womit die von den Beklagten behauptete Auslage von 22 fl. für Fertigung des Registers, wenn sie erwiesen wäre, ausgeglichen würde.

In der Expertise findet sich auch noch die Angabe, daß für Versendung, Porto und Defekte von den Buchhändlern gewöhnlich noch 6⅔ pCt. verrechnet werden. Abgesehen davon jedoch, daß hier nur wirkliche Auslagen in Betracht kommen können, nicht aber die von den Beklagten zur Vollführung ihres rechtswidrigen Unternehmens aufgewandte eigne Arbeit, und daß hiernach die Anrechnung für Versendung schon aus diesem Grunde wegfallen muß, so ist diese Position, wie schon im Expertengutachten bemerkt wurde, schon durch den zu unterstellenden beträchtlichen eigenen Debit des Verlegers Groos und die damit verbundene Ersparung des betreffenden Theils an dem, in obiger

Digitized by Google

Berechnung ganz aufgenommenen, Rabatt ausgeglichen. Ob der Mitbeklagte Professor Morstadt ohne seine Nachdrucksausgabe den Genslerischen Commentar nicht seinen Vorlesungen zu Grund gelegt haben und dadurch der eigene Debit wesentlich vermindert worden sein würde, kann nach dem oben angedeuteten Gesichtspunkte hierbei um so weniger in Berücksichtigung kommen, als von den Beklagten nicht angegeben ist, wie viel Exemplare mehr dadurch von dem Verleger Groos unmittelbar abgesetzt wurden und überdem auch angenommen werden darf, daß selbst ohne die dadurch abgesetzten Exemplare der unmittelbare Absatz des Mitbeklagten Groos immerhin noch die zur fraglichen Position (nicht volle 100 fl.) erforderliche Zahl von Exemplaren erreicht haben würde. Daß das angeblich von dem einen der Beklagten an den andern bezahlte Honorar von 688 fl. 30 kr. nicht als Auslage in Betracht kommen könne, ergiebt sich nach dem Obigen von selbst.

Der Forderungsbetrag von 1440 fl. 10 kr. erscheint diesem zufolge gerechtfertigt, und es kommt darnach auf die diesseitige Beweisauflage vom 14. Februar 1843 und die darauf erfolgte neue Begründung des Schadens und resp. entgangenen Gewinnbetrages weiter nicht mehr an. §. 406 der Pr.-O.

Die Forderung von Zinsen kann nach den Grundsätzen, von welchen nach vorstehender Ausführung und in Gemäßheit der Klage bei Zuerkennung der Entschädigung ausgegangen wurde, nur von dem Zeitpunkte an als begründet angesehen werden, in welchem erweislich der Gewinn von den Beklagten gemacht ward. Obgleich nun im Allgemeinen wohl anzunehmen ist, daß schon in den ersten Jahren nach dem Erscheinen des Nachdrucks ein größerer Theil desselben abgesetzt worden und somit der Erlös und resp. Gewinn in die Hände der Beklagten geflossen ist, so fehlt es doch darüber theils an jeder thatsächlichen Behauptung von Seiten der Kläger, um auf diese an und für sich richtige Grundlage die Entscheidung hinsichtlich des Zinses bauen zu können; theils würde auch eine streng hiernach bemessene Berechnung sich der Natur der Sache nach zu sehr in's Kleinliche

Digitized by Google

verlieren. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als von dem Zeitpunkte auszugehen, wo der volle Absatz der Auflage als erwiesen vorliegt, und dies ist nach den Akten der 3. Oktober 1831, an welchem Tage den Beklagten der unterrichterliche Contumazialbeschluß vom 28. September 1831 dem eigenen Zugeständnisse zufolge (Seite 109 der Amts-Akten) eröffnet wurde, durch welchen ausgesprochen worden ist, daß alle nicht deponirten Exemplare als verkauft zu betrachten seien. Mit diesem Zeitpunkte war die Größe des von den Beklagten gemachten Gewinns festgestellt, von nun an waren sie daher auch, nachdem sie längst im Allgemeinen für entschädigungspflichtig erkannt waren, mit Herauszahlung der bestimmten Summe ihres Gewinns im Verzug. Wenn die Beklagten den Zeitpunkt der Gewinnsberechnung noch weiter, nämlich bis Ostern 1832 hinausrücken wollen, weil sie nach Buchhändlergebrauch erst da die volle Zahlung erhalten konnten, so verdient dies darum keine Beachtung, weil das Gesagte jedenfalls nur von dem Absatze im letzten Semester gelten und die deßfallsige, ohnehin nur als gering anzunehmende Summe durch die größere frühere Einnahme und die mögliche Benutzung derselben, als mehr denn genug ausgeglichen angesehen werden kann.

Da hiernach die Kläger in der Hauptsache vollkommen, in Hinsicht auf die Zinsen aber zum größern Theil obsiegen, so kann sie nach §. 170 der Pr.-O. auch nur ein entsprechender Theil an den Kosten treffen, soweit über solche nicht schon anderweitig erkannt ist, während der größere Theil den Beklagten zugeschieden werden muß.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, theils bestätigend, theils abändernd erkannt."

Anmerkung.

Vorstehendes Urtheil wurde nur mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen, drei Stimmen sprachen sich für Abweisung der Klage aus, und machten dafür im Wesentlichen folgende Gründe geltend:

Digitized by Google

Die Frage, ob die Groos'sche Ausgabe der Gensler'schen Diktate ein verbotener Nachdruck sei, liege rechtskräftig entschieden vor, und ebenso die weitere Frage, daß die Beklagten wegen dieser rechtswidrigen Handlung den Klägern im Allgemeinen entschädigungspflichtig seien. Daß aber die Beklagten den Klägern als Entschädigung den durch ihr Unternehmen gemachten Gewinn herauszugeben haben, dies sei durch die vorliegenden ältern Erkenntnisse nicht entschieden, es könne vielmehr aus denselben und den oberhofgerichtl. Vorträgen und resp. Entscheidungsgründen nur so viel mit Sicherheit entnommen werden, daß die Größe der Nachdruckausgabe und beziehungsweise die Zahl der abgesetzten Exemplare **mit** die Grundlage der Entschädigungsberechnung bilden solle, keineswegs aber, daß dieselbe ausschließlich die Basis der Entschädigung zu bilden habe. Wenn auch die Vorträge theilweise die abgesetzten Exemplare, als die alleinige Richtschnur für die Entschädigung im Auge gehabt haben sollten, so komme es doch nur auf die Urtheile selbst an, da die Gründe, auch wenn sie ganz zuverlässig erkannt werden könnten, nicht rechtskräftig wurden. Man müsse demnach die vorliegende Liquidationsklage, wie jede andere Schadensklage beurtheilen, mit der einzigen Beschränkung, daß bei der Berechnung die Größe der Nachdruckausgabe und resp. die Zahl der abgesetzten Exemplare auf 495 anzunehmen sei. Die Kläger — d. i. nach der rechtskräftigen Ausweisung des Mitklägers Winter die Genslerschen Erben — hätten zur Begründung ihrer Klage daher zu behaupten und thatsächlich zu begründen gehabt, daß und wie die Beklagten ihnen durch ihre That einen Schaden von der eingeklagten Größe zugefügt oder einen Gewinn von diesem Betrag entzogen haben; sie hätten also Thatsachen anführen müssen, aus welchen sich diese Schlußfolgerung nach Maaßgabe des L. R. S. 1151 ergeben hätte; dergleichen wären z. B. die gewesen, daß sie die Absicht gehabt und diese durch äußere Handlungen an Tag gelegt hätten, eine neue Auflage in eigenem Verlag zu veranstalten, daß nach — näher zu bezeichnenden — Thatverhältnissen der Absatz von mindestens so viel Exemplaren, als zum eingeklagten Gewinn nöthig, zu erwarten gewesen wäre, oder daß sie von

einem Verleger so viel als Preis für die zweite Auflage erhalten haben würden, welche Thatsachen und Behauptungen dann von ihnen zu erweisen gewesen wären. Statt einer derartigen Begründung sei nun aber der Klage lediglich der Rein-Ertrag der von den Beklagten veranstalteten Nachdruckausgabe zum Grund gelegt, und dieser als Entschädigung angesprochen worden. Diese Begründung enthalte einen logischen Sprung; zu der Folgerung, daß auch die Beklagten denselben Gewinn gemacht haben würden, oder daß ihnen von den Beklagten so viel geschadet, als von letztern gewonnen worden sei, fehlten die nöthigen thatsächlichen Mittelglieder. Diese gesetzmäßige Vorstellung von den Erfordernissen einer Entschädigungsklage habe zwar der oberhofgerichtl. Beweisauflage vom 14. Febr. 1843 vorgeschwebt und die Beweisantretung habe dann in den für die Sachverständigen gestellten Fragen ein thatsächliches Material zum Vorschein gebracht, welches den Bedingungen einer Entschädigungsklage nothdürftig entsprochen haben würde. Allein fürs Erste entbehre die Beweisauflage, wenn sie auch in thesi wohl die allein richtige sei, d. i. von der richtigen Ansicht über die Erfordernisse einer Entschädigungsklage ausgehe, der erforderlichen Grundlage in den Akten, und fürs Andere stelle die Beweisantretung gerade in dem relevantesten Theile sich als eine veränderte Klage (mutatio libelli) dar; der Richter müsse sich an die Klage, wie sie angestellt worden, halten, diese sei nun aber weder gehörig thatsächlich begründet noch bewiesen. Auf die Verordnung im Regierungsblatt v. Jahr 1806 Nr. XX. könne es schon deßhalb nicht ankommen, weil die Klage darauf gar nicht gebaut sei, weßhalb nur die Abweisung der Klage gerechtfertigt erscheine. Wenn aber die Majorität des Collegiums das der oberhofgerichtl. Beweisauflage entgegengehaltene prozessualische Bedenken nicht für begründet erachte, so würde die Erhebung des vorgeschlagenen Expertenbeweises zu verfügen sein. Dabei wurde weiter geäußert, daß einer der Experten nothwendig ein Lehrer des Prozeßrechts sein müßte, da der Buchhändler nur die technischen Fragen des Verlags beantworten könne, nicht aber den wissenschaftlichen Werth des

Digitized by Google

Genslerschen Commentars, worauf es doch hier wesentlich ankomme. Die Mehrheit der Votanten hielt jedoch aus den mitgetheilten Motiven die Klage für begründet und durch die in erster Instanz erhobene Expertise auch schon für bewiesen und stimmte daher für das erlassene Urtheil.

Gegen die Anwendung der Verordnung vom Jahr 1806 läßt sich ausser dem Obigen noch Folgendes anführen und wurde von einem Votanten auch bei der Deliberation geltend gemacht: daß jene Verordnung noch in so weit bestehe, als sie mit den Bestimmungen des Landrechts vereinbar ist, kann zwar nach dem Einf.-Ed. zum C. N. keinem Zweifel unterliegen. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß die Anordnung des §. 5 derselben auf vorliegenden Fall Anwendung leide. Einmal ist das Recht, die darin bestimmte Strafe des doppelten Preises der Originalausgabe für jedes verkaufte Stück des Nachdrucks in Anspruch zu nehmen, nur dem Autor und dem Verleger eingeräumt, nicht aber auch den Erben des Autors. Dieser wollte in jener Verordnung, daß der dem Autor eingeräumte Schutz, und zwar nur im Falle des vom Autor selbst noch veranlaßten Drucks, blos 1 Jahr lang nach dem Tode des Autors zugestanden werde. Zwar (Gensler ist im Jahre 1821 gestorben) wurde von den Klägern behauptet und bei der frühern oberhofgerichtl. Entscheidung (1830) angenommen, diese Verordnung so wie das Landrecht unterscheide zwischen dem gedruckten und ungedruckten Schrifteigenthum und nur von dem ersteren falle nach Jahresfrist vom Tode des Autors an, die Schrift ins Freie, vom letztern sei das Gleiche nicht verfügt, folglich gelte hier die Fortdauer des Schrifteigenthums als die Regel. — Dieser Schluß ist aber irrig. Der besondere Schutz wird in der Verordnung nur dem gedruckten Schrifteigenthum verliehen. Das Nichtgedruckte — Manuscript — unterliegt daher nach dieser Verordnung den allgemeinen Grundsätzen über Eigenthumsübergang. Die Erben erlangen also wohl das Eigenthumsrecht an dem Manuscript in dem gewöhnlichen Sinne, also mit der gewöhnlichen landrechtlichen Verfügungsgewalt. Diese begreift aber ohne besonderes Gesetz nicht die Beschränkung des

Digitized by Google

Käufers einer Abschrift oder Exemplars eines gedruckten Manuscripts, davon nicht den beliebigen Gebrauch machen zu dürfen, wie dies aus den einleitenden Motiven zu jener Verordnung und Brauers Erläuterung (I. 466) deutlich zu entnehmen ist. Zu solcher Beschränkung des Eigenthumsrechts des Käufers zu Gunsten des Verkäufers, resp. des vorigen Eigenthümers, bedarf es daher eines besondern Gesetzes, und dieses ist dann strenge zu interpretiren. Wenn nun die frühere oberhofgerichtl. Entscheidung wesentlich darauf beruht, daß der S. 577 dh des Landrechts hier nicht maaßgebend sei, weil das ganze nachgedruckte Werk eigentlich als ungedrucktes Schrifteigenthum erscheine, da es nicht für den Buchhandel, sondern nur für die Zuhörer theilweise gedruckt worden sei (Hohnhorst Jahrb. l. c. S. 125 — 128), so mußte darnach schon von selbst die Anwendbarkeit der Verordnung von 1806, welche ja nur von gedrucktem Schrifteigenthum spricht, somit auch insbesondere des §. 5 hinwegfallen. Aber auch davon abgesehen bleibt doch jedenfalls soviel gewiß, daß die Strafbestimmung des §. 5 jener Verordnung nach ihrem ausdrücklichen Inhalte und aller vernünftigen Auslegung nur für die Uebertretung jener Verordnung, d. h. der vorangehenden Anordnungen, gegeben ist. Da nun aber unser Fall unter keine jener Anordnungen fällt, auch selbst angenommen, daß das dem Autor eingeräumte Recht auch von den Erben desselben in Anspruch genommen werden könne; so kann auch der §. 5 jener Verordnung hier keine Anwendung finden.

Im Landrechte hat zwar jene Behauptung: der Satz, daß das Schrifteigenthum mit dem Tode des Eigenthümers (Verfassers) erlösche (S. 577 dh) gelte nicht von einer blos niedergeschriebenen Abhandlung, von dieser gehe das Schrifteigenthum mit der gleichen Wirkung auf die Erben über, in den Sätzen 577 db, 677 di und 577 df gesetzliche Begründung, weil hier das Schrifteigenthum in dem besondern Sinne bestimmt wird, daß es sich auch auf den Inhalt erstrecke, nicht blos auf die Handschrift, und daß folgeweise der Erwerber einer Abschrift (eines Abdrucks) ohne die Bewilligung des Verfassers keine Vervielfältigung durch den

Digitized by Google

Druck bewerkstelligen dürfe. Hievon ging aber der Gesetzgeber, der den mehrerwähnten §. 5 der Verordnung von 1806 erließ, nicht aus; gleichwohl aber diesen Paragraphen unbedingt auf die Fälle, die durchs Landrecht ihre nähere Normirung erhalten haben, herüberzuziehen, kann um so weniger angehen, als Brauer, der Schöpfer des über diese Lehre in das Landrecht aufgenommenen Kapitels, in seinen Erläuterungen (Bd. I. S. 467) bemerkt, daß man den Inhalt der Verordnung von 1806 so in das Landrecht aufgenommen habe, wie er „ohne Lücke oder Widerspruch an die allgemeinen Eigenthumsgrundsätze angereiht werden konnte." Darnach darf man wohl annehmen, daß der Verfasser des Landrechts, hätte er in dieser Lehre etwas so sehr von den allgemeinen Grundsätzen (S. 1382 ff.) Abweichendes, als der §. 5 jener Verordnung enthält, festsetzen wollen, solches ausgedrückt haben würde. Zentner.

Anmerkung der Redaction.

Die Verurtheilung des Beklagten, wie solche durch obige Entscheidungen erfolgt ist, kann auch noch aus einem anderen Gesichtspunkte vollkommen gerechtfertiget werden.

Die Herausgabe eines Manuscripts ist unstreitig ein Geschäft, welches nur dem Eigenthümer zusteht. Thut es ein Dritter, so führt er das Geschäft des Eigenthümers, und es kann solches, hingesehen auf den Zweck dieses Geschäftsführers, in doppelter Weise geschehen, nämlich entweder in der freundschaftlichen Absicht, den Nutzen und Vortheil des Eigenthümers zu befördern, oder in der Absicht, sich selbst zu bereichern.

Ist das Erstere der Fall, so hat der Eigenthümer die actio negotiorum gestorum directa, und er kann damit allen Gewinn herausfordern, den der Geschäftsführer aus dem Geschäft erzielt hat, vorbehaltlich des Ersatzes seiner Auslagen.

Sollte nun derjenige, der nicht den Vortheil des Eigenthümers vor Augen hat, sondern in rechtswidriger Weise und aus

Digitized by Google

eigennützigen Absichten ein Geschäft unternimmt, das Sache eines Anderen ist, besser daran sein, als der redliche Geschäftsführer?

Ein solcher Grundsatz wäre offenbar mit dem Rechte und der Billigkeit nicht verträglich und er ist auch durch die Gesetze nicht anerkannt, sondern es ist gerade das Gegentheil verfügt.

Die

l. 6 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.

sagt: Si quis negotia mea gessit, non mea contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse, qui enim deprædandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet. Sed nihilominus immo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si quis circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Diese ebenso deutliche als gerechte Entscheidung finden wir auch in L.R.S. 1375 a, wo von dem widerrechtlichen Geschäftsführer und zwar nach Brauers Erläuterungen Bd. 3, S. 285 namentlich auch von einem solchen die Rede ist, der ein Geschäft unternimmt, das ihm vom Gesetz untersagt ist.

Es ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß gegen ihn dieselbe Klage stattfinde, wie gegen den redlichen Geschäftsführer, allein es versteht sich dieses nach den vorangehenden Sätzen über die Geschäftsführung von selbst, und man hat in dieser Voraussetzung nur einen Zusatz für nöthig gefunden, um den Gegenstand der actio neg. gest. contraria für diesen Fall zu bestimmen, wie bereits in den

Annalen von 1846 Nro. 8.

näher ausgeführt worden ist. R.

Digitized by Google

IX.

Oberappellation in Zehentablösungs-prozessen.

(Grundherrschaft von Adelsheim gegen die Gemeinde Gerchsheim.
Pfarrei Hohenstadt gegen die Gemeinde Brehmen.
Fürstenberg gegen Haslach.)

In den Sitzungen des ersten oberhofgerichtlichen Senats vom 13. und vom 26. Oktober 1847, also kurz nach einander, kam in den obenbezeichneten Rechtsstreiten die Frage zur Erörterung und Entscheidung, ob die Vorschrift des §. 66 des Zehntablösungsgesetzes vom 15. November 1833, welche in Zehntablösungssachen eine dritte Instanz nur dann zuläßt, wenn das amtliche Erkenntniß in zweiter Instanz abgeändert worden ist, — auch in allen den Fällen den weitern Rechtszug an das Großherzogliche Oberhofgericht abschneide, wo in zweiter Instanz eine materielle Prüfung gar nicht Statt gefunden hat, vielmehr aus formellen Gründen die Appellation an das Großherzogliche Hofgericht für unzuläßig erklärt, und insoferne also allerdings das amtliche Urtheil nicht abgeändert worden ist.

Es wollte

1.

die Minorität des Collegiums die Berufung gegen Hofgerichtliche Erkenntnisse der letzterwähnten Art an das Großherzogliche Oberhofgericht Behufs der Entscheidung darüber, ob das Großherzogliche Hofgericht mit Recht oder mit Unrecht die Ap-

Digitized by Google

pellation gegen die amtlichen Urtheile zurückgewiesen habe, und zwar aus folgenden Gründen zulassen:

Das Zehntablösungsgesetz sagt zwar im §. 66 ausdrücklich, daß Oberappellation nur dann zuläßig sei, wenn das Erkenntniß erster Instanz abgeändert werde. Diese Vorschrift kann aber in Fällen der vorliegenden Art der Zuläßigkeit der bei dem obersten Gerichtshof eingeführten Beschwerden nicht entgegen stehen, denn sie kann, wenn man sie mit dem übrigen Inhalte des allegirten §. 66 des Gesetzes in Zusammenhang bringt, offenbar nur dahin verstanden werden, daß eine Oberappellation nur dann Statt finde, wenn das Zehntablösungskapital in zweiter Instanz anders als in erster Instanz festgesetzt werde, während eine Oberappellation unzuläßig erscheine, sobald der Richter zweiter Instanz sich dahin ausspreche, daß die Festsetzung des Kapitals in erster Instanz gerechtfertigt sei, — oder mit anderen Worten, das Gesetz will den im Allgemeinen durch die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreiten gestatteten dritten Rechtszug in Zehntablösungsprozessen dann, aber auch nur dann abschneiden, wenn schon zwei Richter die Sache geprüft und beide gleichlautende Urtheile gegeben haben. — Diese Auslegung des §. 66 des Zehntablösungsgesetzes folgt nothwendig aus dem ganzen Zusammenhange seines Inhaltes, welcher stets nur von einer oberrichterlichen Prüfung der Abschätzung des Zehntens, und von der oberrichterlichen Entscheidung über das Zehntablösungskapital spricht, und dann erst, also im Zusammenhang mit dieser oberrichterlichen Prüfung und Entscheidung beifügt, daß eine Oberappellation nur im Falle einer Aenderung des Erkenntnisses erster Instanz (also im Falle einer Aenderung des Ablösungskapitals) Statt habe. Eine solche vom §. 66 des Gesetzes unterstellte Prüfung und Entscheidung der Frage, ob die in erster Instanz erfolgte Festsetzung des Zehntablösungskapitals nach wohlerwogenem Stande der Anforderungen des Zehntberechtigten und der Einsprache des Zehntpflichtigen die richtige sei, oder nicht, hat nun eben in Fällen der vorliegenden Art gar nicht Statt gefunden, vielmehr hat das Großherzogliche Hofgericht

Digitized by Google

gerade die vom §. 66 bei Festsetzung, beziehungsweise bei Verminderung der gewöhnlichen Instanzenzahl vorausgesetzte Prüfung und Entscheidung der Sache selbst von der Hand gewiesen, weil es die an dasselbe ergriffene Appellation für verspätet, oder aus andern formellen Gründen für unzuläßig erachtete. Auf Erkenntnisse der Art, welche der im Zehntablösungsgesetz für deren Rechtmäßigkeit für genügend erachteten, und deßwegen den dritten Rechtszug ausschließenden Garantie ermangeln, kann daher nach dem vorher Gesagten der §. 66 des Zehntablösungsgesetzes keine die Beschwerden gegen den Hofgerichtlichen erst einmal von einem Richter geprüften Ausspruch ausschließende Anwendung finden. Es muß vielmehr die Frage über die Zuläßigkeit einer Berufung an das Oberhofgericht gegen solche Erkenntnisse, da das Zehntablösungsgesetz selbst hierüber keine Ausnahmsvorschriften enthält, nach den allgemeinen Vorschriften beantwortet worden, nach welchen aber bei vorhandener Ordinationssumme an der Zuläßigkeit der Oberappellation in Fällen, von denen es sich hier handelt, nicht zu zweifeln ist.

Die hier dem §. 66 des Gesetzes gegebene Auslegung entspricht auch den Ansichten der Factoren der Gesetzgebung, insoweit solche überhaupt aus den landständischen Verhandlungen vom Jahr 1833 entnommen werden können. Schon der Entwurf des Gesetzes in seiner ursprünglichen Vorlage macht die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit einer Oberappellation lediglich von der Verschiedenheit oder Uebereinstimmung der auf förmliche Berechnungen (Schätzungen) des Werthes des Zehntens gebauten Urtheile der zwei vordern Instanzen abhängig, (I. Kammerverhandlung von 1833 Beilageband I. S. 34), und damit stimmen auch (am angeführten Orte S. 81 und 314) die Motive der Regierung und der Commissionsbericht der ersten Kammer überein, indem letzterer namentlich die gegen das sonstige Prozeßrecht ausgesprochene Beschränkung des Instanzenzugs blos allein deßwegen für gerechtfertigt hält, weil „das über die Ablösung der Zehntlasten durch das Gesetz vorgeschriebene Verfahren in erster Instanz bereits die Materialien zur Entscheidung in

Digitized by Google

einer Form und einem Umfange liefere, welche die Beſorgniß der unrichtigen Anwendung des Geſetzes entferne, ſobald auch das **übereinſtimmende** Urtheil einer zweiten Collegialinſtanz hinzutrete." Gegen dieſe Deutung des Geſetzes wurde auch in den Diskuſſionen der erſten Kammer nicht der geringſte Einwurf erhoben (ſiehe deren Verhandlungen von 1833 Bd. II. S. 158 und Bd. V. S. 116). Auch gibt der Commiſſionsbericht der zweiten Kammer keiner andern Deutung Raum (I. Verhandl. der II. Kammer von 1833 Beilageheft V. S. 87—89), und die Diskuſſionen dieſer zweiten Kammer (in Bd. XIII. S. 208 bis 209) heben noch insbeſondere hervor, daß nur deßhalb und nur dann ein dritter Rechtszug wegfalle, wenn „zwei gleichlaufende Erkenntniſſe" vorliegen, welche „immer ſicherer, als eines, wenn auch in höherer Inſtanz gefälltes ſeien" — und daß man ſich bei dem den Inſtanzenzug beſchränkenden Geſetze beruhigen könne, weil in Zehntablöſungsſtreiten „die rechtlichen Folgen nicht die ſchwierigſten ſeien, ſondern die Hauptſache in den faktiſchen Verhältniſſen liege, und weil deswegen, weil im §. 66 des Geſetzentwurfes vorausgeſetzt werde, daß eine neue Schätzung bei dem Gerichte zweiter Inſtanz vorzunehmen ſei, dann, wenn dieſe neue Schätzung ein ähnliches Reſultat herbeiführe wie die Schätzung erſter Inſtanz, gar kein Grund vorhanden ſei, eine Oberappellation zuzulaſſen und eine dritte Schätzung zu veranlaſſen."

Dieſen Gründen für Zulaſſung einer Oberappellation zur Prüfung der Frage, ob der zweite Inſtanzrichter die Prüfung der Materialien mit Recht von der Hand gewieſen habe, hielt jedoch (in Uebereinſtimmung mit einer Redaktionsnote in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern neue Folge, Bd. VIII. S. 439) —

2.

die Majorität des urtheilenden oberhofgerichtlichen Senats den klaren Buchſtaben des Geſetzes entgegen, welcher keinen andern Sinn zulaſſe, als daß eine Oberappellation überhaupt nur dann zuläſſig ſei, wenn der Richter zweiter Inſtanz das amtliche

Digitized by Google

Erkenntniß abgeändert habe. Daraus folge, daß in allen andern Fällen, wo eine ſolche Abänderung in zweiter Inſtanz nicht erfolgt ſei, ein weiterer Rechtszug auch nicht Statt finde, daß alſo namentlich auch nicht oberappellirt werden könne gegen hofgerichtliche Erkenntniſſe, welche dadurch, daß ſie die Appellation gegen amtliche Urtheile in der zweiten Inſtanz nicht zulaſſen, geradezu ausſprechen, daß dieſe Urtheile der erſten Inſtanz in voller Kraft zu bleiben hätten, daß ſie nicht abgeändert würden.

Aus dieſen Gründen wurden daher in beiden oben erwähnten Fällen durch oberhofgerichtliche Erkenntniſſe vom 13. und vom 26. Oktober 1847 die an den oberſten Gerichtshof eingeführten Berufungen als unzuläſſig verworfen. Bohm.

Anmerkung der Redaktion.

Der II. Senat des Oberhofgerichts hat ſich in Sachen Fürſtenberg gegen Haslach für die oben unter 1. ausgeführte Anſicht entſchieden, und noch weiter angenommen:

1) daß der §. 66 des Zehntablöſungsgeſetzes nicht blos auf das Endurtheil, ſondern auch auf Zwiſchenerkenntniſſe anzuwenden ſei,

2) daß mit dem Ablauf der Friſt von vier Wochen der Einführungstermin für das Rechtsmittel der Appellation ipso jure erloſchen ſei, und daß es, da das Geſetz hier von keiner Appellationsanzeige ſpreche, auch keines Anrufens bedürfe, um die angezeigte Appellation für verfallen zu erklären, wodurch die Wiederherſtellungsfriſt der §§. 1201. 1203 von ſelbſt wegfalle.

R.

Digitized by Google

X.

A. Die Gant eines Sammtschuldners macht die Schuld nur gegen ihn fällig.
B. Fälligwerden der Forderung nach der Litiscontestation.

(Wörner gegen Fallerts Ehefrau.)

Der Kläger forderte von der Beklagten ein Kapital von 600 fl. nebst Zinsen und trug zur Begründung seiner Klage vor: er habe dem Ehemann der Beklagten diese Summe gegen vierteljährige Aufkündigung geliehen und die Beklagte habe sich sammtverbindlich gemacht. Vor Ablauf des ersten Vierteljahrs sei der Ehemann in Gant gerathen und dadurch das Kapital fällig geworden. Er verlange, daß die Sammtschuldnerin zur Zahlung des Kapitals nebst Zinsen vom Tag der Darleihe verurtheilt werde.

Die Beklagte erkannte die Richtigkeit der Forderung an und wendete nur ein, daß der Kläger den Ausgang der Gant ihres Mannes abwarten müsse. Auch bot sie einen Vergleich an.

Dieser kam aber nicht zu Stande und die Beklagte wurde nach dem Klagbegehren verurtheilt, nachdem bereits drei Monate seit Anstellung der Klage verflossen waren. Die Beklagte appellirte gegen dieses Urtheil und schützte in zweiter Instanz vor, daß der Kläger ihr die Forderung nicht aufgekündet habe und die Gant des Mannes keine Fälligkeit der Forderung *gegen sie* begründe, mithin die Klage als zur Zeit unstatthaft verworfen werden müsse. Das mittelrheinische Hofgericht bestätigte das amtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

„Durch das Zugeständniß des Beklagten ist hergestellt, daß solche nach vorheriger Ermächtigung ihres Ehemannes und gemeinschaftlich mit demselben ein zu 5 pCt. verzinsliches Darlehen von 600 fl. von dem Kläger unter sammtverbindlicher Haftbarkeit erhielt. Wie beide Theile zugeben, wurde vierteljährige Aufkündigung dieses Darlehens bedungen. Nachdem der Ehemann der Beklagten in Gant gerathen, nimmt Kläger seinen Rückgriff an die Beklagte, welche die Klage jedoch deßhalb zur Zeit nicht für begründet erachtet, weil ihr nicht aufgekündet sei.

Nach Ansicht des §. 835 der Pr.=O., demzufolge noch nicht verfallene Schuldigkeiten des Gemeinschuldners mit Eröffnung der Gant fällig werden, und in Betracht, daß aus der Vorschrift des L.R.S. 1206, wornach die Verjährung gegen alle Sammtschuldner unterbrochen ist, sobald sie gegen einen derselben unterbrochen wird, aus L.R.S. 1207, wonach alle Sammtschuldner in Verzug gesetzt sind, sobald Einer in Verzug gesetzt wird, der Grundsatz hervorgeht, daß in Bezug auf die Gläubiger alle Sammtschuldner als ein einziger Schuldner zu betrachten sind;

In Erwägung, daß hiernach die Kraft Gesetzes durch die Ganteröffnung eingetretene Aufkündigung auch der sammtschuldnerschen Ehefrau gegenüber wirksam ist, und Beklagte daher durch das verurtheilende unterrichterliche Erkenntniß keineswegs beschwert erscheint."

Die Beklagte ergriff die Oberberufung und bei der oberhofg. Deliberation wurden folgende zwei Fragen aufgeworfen:

A. ob die Gant des einen Sammtschuldners die nicht fällige Forderung nur gegen den Gantmann oder auch gegen die übrigen Sammtschuldner fällig mache?

B. ob verneinenden Falles die länger als ein Vierteljahr nach eingereichter Klage und erst in zweiter Instanz gemachte Einwendung, daß das Capital nicht gekündet worden sei, berücksichtiget werden könne?

Zu A.

Die erste dieser Fragen wurde von dem Referenten und der ihm beistimmenden Majorität verneinend beantwortet, und zwar

Digitized by Google

aus folgenden, vom Referenten entworfenen, nachher aber nicht in das Urtheil aufgenommenen Gründen:

Obgleich nach L.R.S. 1201 die einzelnen Sammtschuldner dem Gläubiger auf verschiedene Weise verhaftet sein können, und, in sofern eine Verschiedenheit in der Art und Weise der Verpflichtung besteht, jeder Sammtschuldner in einem besondern Verhältniß zum Gläubiger steht, so sind doch alle Sammtschuldner dem Gläubiger gegenüber in Beziehung auf den Gegenstand der Sammtverbindlichkeit nur als ein und derselbe Schuldner zu betrachten.

L.R.S. 1200, 1201, 1205 — 1207.
Pothier des obligat. II. S. 212.

Die bei einem Darlehen bedungene Aufkündigungsfrist steht nun zwar mit dem Darlehen in keiner nothwendigen Verbindung, und es können mehrere Sammtschuldner, ihrer Sammtverbindlichkeit unbeschadet, dem Gläubiger unter verschiedenen Kündigungsfristen zahlungspflichtig sein. Machen sich aber, wie im vorliegenden Falle, die Schuldner für dasselbe Darlehen unter einer und derselben Kündigungsfrist sammtverbindlich, so ist dem nicht der Sinn beizulegen, als habe sich jeder Sammtschuldner die Kündigungsfrist für seine Person ausbedungen, sondern die Kündigungsfrist ist wie die Schuld, auf die sie sich bezieht, für alle Schuldner als eine und dieselbe zu betrachten, und es bedarf nur der Kündigung an einen derselben, um alle übrigen nach Ablauf der Kündigungsfrist in Verzug zu setzen.

L. 5 Cod. de duob. reis.

In der Klage ist aber im vorliegenden Falle nicht behauptet worden, daß die Schuld dem Ehemann der Beklagten 3 Monate vor der Klagerhebung gekündigt worden sei, und da durch den Nachtrag dieser Behauptung in der Replik die Klage nicht mehr begründet werden konnte, so fragt es sich ob diese Aufkündigung der Beklagten gegenüber durch das Ganterkenntniß gegen ihren Ehemann ersetzt worden ist.

Diese Frage muß aber verneint werden.

Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß in Folge der Vor-

Digitized by Google

schrift des §. 835 der Pr.=O. durch Eröffnung der Gant des Ehemannes die fragliche Schuld auch ohne vorangegangene Aufkündigung gegen diesen fällig und klagbar geworden ist. Das hierdurch zwischen dem Gläubiger und einem der Sammtschuldner begründete Verhältniß ist aber ein neues und rein persönliches, nur die Verpflichtungsweise dieses Schuldners betreffendes, welches auf die Verpflichtungsweise der übrigen keinen Einfluß hat.

Die gesetzliche Bestimmung des §. 835 der Pr.=O. hat dieselbe Wirkung, welche ein zwischen dem Gemeinschuldner und Gläubiger abgeschlossener Vertrag haben würde.

Es kann nun zwar ein Sammtschuldner eben so wohl auf die ihm zugleich mit seinen Mitschuldnern stipulirte Aufkündigungsfrist verzichten, als er sich gleich Anfangs unbedingt verpflichten kann, ein solcher Verzicht verändert aber nur die Art und Weise seiner Verpflichtung, ohne dadurch den Rechten der übrigen Sammtschuldner zu präjudiciren.

Der Grundsatz, daß die Erkennung der Gant gegen einen Sammtschuldner unverfallene Forderungen nur gegen diesen, nicht aber gegen seine Mitschuldner klagbar macht, findet auch in L.R.S. 215 eine besondere Bestätigung. Es entspricht derselbe auch der Bestimmung des L.R.S. 2021 a, wonach ein Bürge der sich als Selbstschuldner verschreibt, durch einen mit dem Gläubiger geschlossenen Separatvertrag die Lage des Hauptschuldners nicht verschlimmern kann.

Zu B.

Die zweite dieser Fragen wurde dahin beantwortet, daß die Einwendung nicht zu berücksichtigen sei, und das hofgerichtliche Urtheil wurde aus folgenden Gründen bestätiget:

Die Beklagte hat der gegen sie erhobenen Klage in erster Instanz lediglich die ganz unerhebliche Einwendung entgegengesetzt, daß der Kläger die Forderung bereits in der Gant ihres Mannes und des Bürgen Joseph Früh angemeldet habe. Sie hat insbesondere eine ihr durch den Darlehensvertrag zugesicherte Aufkündigungsfrist damals nicht in Anspruch genommen, obschon sie durch die in der Klage enthaltene Behauptung, daß die Forderung

Digitized by Google

durch die Vergantung des Mannes auch gegen sie verfallen sei, dazu aufgefordert war, diese Einwendung, wenn sie von derselben Gebrauch machen wollte, geltend zu machen. Es ist auch die Verurtheilung der Beklagten mehr als drei Monate nach Erhebung der Klage erfolgt und daher, da die Klagerhebung jedenfalls auch die Aufkündigung der Forderung in sich begreift, zu einer Zeit, in welcher die Forderung, auch ganz abgesehen von der Vergantung des Mannes, wirklich verfallen war.

Unter diesen Umständen ist die erst in zweiter Instanz gegen das amtliche Urtheil vorgebrachte, dermalen allein geltend gemachte Beschwerde, daß die Schuld wegen Mangels der Kündigung zur Zeit der Klagerhebung noch nicht verfallen gewesen sei, eine rein formelle und ohne allen materiellen Gehalt, indem eine derartige Einwendung keinen vernünftigen Sinn mehr hat, wenn zur Zeit ihres Vorbringens die Schuld verfallen und daher keine Gefahr mehr vorhanden ist, daß der Beklagte vor dem Verfalltag zur Zahlung angehalten wird.

Wenn aber der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und der Rechtsmittel nur darin besteht, wirklichen Beschwerden abzuhelfen, so muß auch der im gemeinen Recht zur Geltung gebrachte Grundsatz,

Bayer Civilprozeß S. 303,
Linde Lehrbuch S. 258 Note 9,

daß in derartigen Fällen der Umstand, daß zu früh geklagt worden, nicht zu berücksichtigen ist, wenn das Verfallziel eintritt, ehe die Klage als zur Zeit unstatthaft abgewiesen ist, jedenfalls dann zur Anwendung kommen, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Forderung selbst im Uebrigen durchaus unbestritten ist und daher dem materiellen Recht durch Verurtheilung des Beklagten kein Eintrag geschehen kann.

Die Beklagte ist daher durch das hofgerichtliche Urtheil selbst dann nicht beschwert, wenn man auch dem Ganterkenntniß gegen den Mann in Beziehung auf die Verfallzeit der Forderung keine Wirkung gegen die sammtverbindliche Ehefrau beilegt.

Digitized by Google

Anmerkung zu B.

Die Minorität war hier entgegengesetzter Meinung und stützte ihre Gründe auf den Satz, daß bei Aburtheilung einer Klage lediglich auf den Zeitpunkt der Litiskontestation gesehen werden müsse, um zu prüfen, ob sie begründet sei. Da sich nun aus der vorliegenden Klage selbst ergebe, daß sie zu jenem Zeitpunkte noch nicht verfallen gewesen, so hätte der Richter erster Instanz sie als zur Zeit unstatthaft verwerfen müssen, und dieses habe auch jetzt in dritter Instanz zu geschehen.

Der Satz, von dem die Minorität ausging, ist an sich allerdings richtig, aber die Ausdehnung desselben auf alle und jede Erfordernisse der Klage würde, wie der vorliegende Fall deutlich zeigt, zu einer nutzlosen Prozeßverschleppung, zu nutzlosem Kostenaufwand und überhaupt zu einem reinen Formalismus führen.

Der Kläger würde, obwohl seine Forderung zur Zeit der Urtheilsfassung schon über Jahr und Tag fällig und die Zahlung ohne hinreichenden Grund verweigert, die Appellation also nur zur Verzögerung derselben mißbraucht worden war, indem die Klage jedenfalls eine Anforderung, also eine Aufkündigung in sich enthält, dennoch abgewiesen werden müssen, um sogleich eine zweite Klage anzustellen, und damit vielleicht ebenfalls in allen Instanzen herumgezogen zu werden. Eine solche starre und unbillige Durchführung obigen Grundsatzes ist aber schon im gemeinen Rechte überall nicht anerkannt worden. Wenn nämlich nach der Litiskontestation nicht erst das Recht selbst entsteht, sondern nur factische Voraussetzungen seiner gerichtlichen Verfolgung eintreten, die bei der Anstellung der Klage noch nicht vorhanden waren und zur Verurtheilung nöthig sind, so genügt es, daß diese Voraussetzungen bei der Urtheilsfällung vorliegen, z. B. wenn der Beklagte bei der Rei vindicatio erst nach der Litiskontestation Besitzer wurde oder, um die l. 17 Mandati wörtlich anzuführen:

> Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum agero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat.

Digitized by Google

Man sehe das Nähere über diesen Punkt bei
Keller Litiskontestation S. 190 ff.,
v. Savigny röm. Recht 6. B. S. 73,
Wächter Erörterungen H. III. S. 123.
Civ. Archiv Bd. XXX. S. 195 ff.

Man wird nun schwerlich behaupten dürfen, daß unsere Pr.=O. einem größeren Formalismus huldigen wollte, als das gemeine Recht und daß insbesondere der obige aus dem gemeinen Recht stammende Satz bei uns in einer Weise durchgeführt werden müsse, der seiner Quelle eben so sehr als der vernünftigen Billigkeit widerspricht. R.

Digitized by Google

XI.

Wirkung bestehender, aber unförmlich abgeschlossener Handelsgesellschaften.

(Hensler gegen Meyer.)

Das Gesetz schreibt gewisse Formen für die Eingehung der Handelsgesellschaften vor. Wenn nun diese Formen nicht beobachtet sind, die Gesellschaft aber faktisch bestanden hat, so entsteht die Frage, welche rechtlichen Folgen hieraus entspringen. In obigem Falle handelte es sich namentlich darum, ob bei einer derartigen Gesellschaft die Errichtung eines Schiedsgerichts zur Erledigung der Streitigkeiten der Gesellschafter begehrt werden könne. Diese Frage wurde von dem Hofgerichte des Oberrheinkreises und von dem Oberhofgerichte in entgegengesetzter Weise entschieden, wie man aus folgenden Entscheidungsgründen ersieht.

A. Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Auf den Grund der H.R.S. 51 und 55 verlangt der Kläger die richterliche Bestellung eines Schiedsgerichts zur Schlichtung von Streitigkeiten, welche sich zwischen ihm und dem Beklagten in Beziehung auf ein unter ihnen bestandenes Handelsgesellschaftsverhältniß ergeben haben sollen, da der Beklagte sich zur Eingehung eines Schiedsvertrags nicht verstehen wolle.

Es fragt sich nun vor Allem, ob die gesetzlichen Bedingungen der Anwendbarkeit des H.R.S. 51 vorliegen, nämlich ob — was Beklagterseits bestritten ist — unter den streitenden Theilen eine Handelsgesellschaft bestanden habe, und ob die zu schlichtenden

Digitized by Google

Streitigkeiten Gesellschafts-Angelegenheiten betreffen, und es kommt hier nur zunächst darauf an, was die Klage hierüber besagt.

Nach dem Klagvortrage nahm der Beklagte am 12. Juli 1845 den Kläger als Gesellschafter in sein unter der Firma „Sylvester Meyer" bestehendes Handelsgeschäft, beziehungsweise in seine Seifen- und Lichterfabrikation auf, und es wurde der Gesellschaftsvertrag auf sechs Jahre festgesetzt. Nach dieser Darstellung erfolgte die Verbindung der Parteien, nicht blos zu einzelnen Handelsunternehmungen im Sinne des H.R.S. 47, somit zu einzelnen ihrer Natur nach abgegränzten Handlungsgeschäften, sondern zu einer fortlaufenden, nur durch den Willen der Parteien auf eine gewisse Zeit eingeschränkten Handelsverbindung unter einem bestimmten von dem Familiennamen des Einen der streitenden Theile hergenommenen Handlungsnamen, — sonach unter Umständen, welche das Gesetz H.R.S. 19 bis 23, 47, als Merkmale einer Handelsgesellschaft im Gegensatze einer Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen, und insbesondere als Merkmale einer offenen oder doch vertrauten Gesellschaft bezeichnet.

Brauer Erläut. Bd. IV. S. 381, 394.

Bezüglich auf ein solches Gesellschaftsverhältniß ist es nun aber gemäß H.R.S. 39 ein gesetzliches Erforderniß, daß dasselbe durch Urkunden festgestellt sei, und zwar bezieht sich diese Bestimmung nicht blos auf die Beweislichkeit des Rechtsverhältnisses, sondern sie erscheint als eine Bedingung der Rechtsgiltigkeit des Vertrages selbst, wie dies die Worte: „müssen durch Urkunden richtig gestellt, gestiftet werden" in den S.S. 39, 40, so wie die Bestimmungen der S.S. 42—46 und der Gegensatz des H.R.S. 48 außer Zweifel stellen.

Daß nun zwischen den Parteien eine solche Vertragsurkunde, ein Vertragsaufsatz aufgenommen worden sei, hat Kläger nicht nur nicht behauptet, sondern das Gegentheil davon im Verlauf der Verhandlungen, insbesondere im Beweisverfahren selbst zugestanden, so daß es hiernach schon an dem ersten Erforderniß der Anwendbarkeit des H.R.S. 51 fehlt, an dem rechtsgiltigen Be-

Digitized by Google

stehen eines solchen Handelsvertragsverhältnisses, nämlich wie Kläger es in der Klage als allein bestehend bezeichnete.

Derselbe erscheint sonach durch das, die Bestellung eines Schiedsgerichts abweisende Urtheil des Unterrichters nicht beschwert.

B. Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Entscheidung der vorderen Instanzen beruht auf einer unrichtigen Anwendung und Auslegung der betreffenden Gesetzesstellen. Denn der Anh. S. 40, nach welchem unbenannte Gesellschaften nur durch öffentliche Urkunden gestiftet werden können, ist hier aus dem Grunde nicht anwendbar, weil der Kläger für die Dauer von 6 Jahren in die von dem Beklagten unter einem Handelsnamen betriebene Lichter= und Seifenfabrik als Gesellschafter eingetreten sein will, diese Gesellschaft aber nach diesem Vorbringen des Klägers keine unbenannte, sondern nach dem Anh.S. 20 nur eine offene Gesellschaft gewesen sein könnte.

Nach dem Anh.S. 39 müssen zwar auch offene und vertraute Gesellschaften durch öffentliche oder Privaturkunden erwiesen werden, und nach dem Anh.S. 41 ist der Zeugenbeweis unzuläßig. Aus diesen Sätzen folgt jedoch nicht, daß die schriftliche Beurkundung zum Wesen eines solchen Gesellschaftsvertrags gehört, und daß ein nicht schriftlich beurkundeter Gesellschaftsvertrag durchaus wirkungslos ist, sondern diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Beweislichkeit und sie hat wie der L.R.S. 1834 nur den Sinn, daß die Existenz eines Gesellschaftsvertrags unbedingt und ohne Rücksicht auf die Summe durch Urkunden und durch Zeugen nur dann erwiesen werden kann, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist. (Delangle des sociétés commerciales Nr. 509 — 512). Eben so wenig steht der von dem Kläger erhobenen Klage der Anh.S. 42 im Wege, nach welchem offene und vertraute Gesellschaften in der durch diesen Artikel vorgeschriebenen Weise veröffentlicht werden müssen und die unterlassene Beobachtung dieser Förmlichkeiten selbst unter den Gesellschaftern die Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge hat.

Digitized by Google

Denn die Ungültigkeit eines solchen Gesellschaftsvertrags, welcher nicht nach Vorschrift des Anh.S. 42 veröffentlicht worden war, hat unter den Gesellschaftern nur die Folge, daß ein jeder Gesellschafter zu einer jeden Zeit dessen Auflösung begehren und dessen fernern Vollzug verweigern kann, wenn derselbe auch für längere Zeit abgeschlossen gewesen sein sollte, sie erstreckt sich aber nicht auf die Vergangenheit, nämlich nicht auf die Zeitperiode, während welcher der Gesellschaftsvertrag faktisch bestand und von den Gesellschaftern vollzogen worden war. Wenn daher auch ein Gesellschaftsvertrag wegen Nichtbeobachtung der durch den Anh.S. 42 vorgeschriebenen Förmlichkeiten aufgehoben wird, so ist doch ein jeder Gesellschafter berechtigt, die Auseinandersetzung des Vermögens der Gesellschaft, so lange dieselbe faktisch bestand und vollzogen wurde, so wie auch die Theilung des Gesellschaftsvermögens nach Maaßgabe der mündlich oder schriftlich getroffenen Uebereinkunft zu begehren, und Streitigkeiten, welche bei dieser Auseinandersetzung entstehen, sind nicht durch die ordentlichen Gerichte, sondern als Streitigkeiten unter Handelsgesellschaftern in Gemäßheit des Anh.S. 51 durch Schiedsrichter zu entscheiden. (Delangle loc. cit. Nr. 539. Pardessus droit com. Nr. 1007. Schiebe die Lehre von den Handlungsgesellschaften Nr. 380 ff.)

Da die erhobene Klage auf die Behauptung gestützt ist, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten am 12. Juli 1845 wegen des Betriebs eines dem letztern gehörigen, unter der Firma Sylvester Meyer zu Riegel bestehenden Handelsgeschäfts, nämlich einer Seifen- und Lichterfabrik, für die Dauer von 6 Jahren ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, und daß der Kläger, wie er in der bei dem Großh. Hofgerichte übergebenen Beschwerdeschrift näher angibt, in diese Gesellschaft die Summe von 6000 bis 7000 fl. eingelegt habe, daß aber durch die etwa 8 bis 10 Wochen vor Erhebung der Klage einseitig erfolgte Auffündigung des Gesellschaftsvertrags von Seiten des Beklagten Streitigkeiten entstanden seien, welche eine schiedsrichterliche Entscheidung nothwendig machten, so erscheint diese Klage

als begründet, indem die fragliche Gesellschaft nach den von dem Kläger angegebenen Merkmalen eine offene war (Anh.S. 20) und Streitigkeiten unter den Gesellschaftern nach Anh.S. 51 durch Schiedsrichter entschieden werden müssen.

Der Beklagte stellte jedoch in Abrede, mit dem Kläger den angegebenen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen zu haben, weßhalb dem Kläger durch das am 10. Juli 1845 bei dem Amte Kenzingen ergangene Zwischenurtheil der Beweis auferlegt wurde, welchen er auch durch Berufung auf die Handelsbücher, durch Zeugen und durch Eideszuschiebung angetreten hatte. Dieser Beweis wurde zwar noch nicht erhoben, indessen wird dessen Erhebung dadurch überflüssig, weil der Beklagte selbst nach einem mit einem Nachtrage zu der von dem Kläger bei dem Großh. Hofgerichte übergebenen Beschwerdeschrift vorgelegten amtlichen Protokolle (H.G.A. p. 16. 31.) am 11. August 1846 bei dem Bezirksamte Kenzingen vorbrachte, daß er wegen gemeinschaftlicher Betreibung der Seifensiederei mit Amand Hensler, dem jetzigen Kläger, einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen habe, daß er aber nicht mehr in der Gesellschaft bleiben wolle, weßhalb er bitte, das Amtsrevisorat anzuweisen, zwischen ihnen eine Abrechnung vorzunehmen, welcher Bitte auch durch eine hierauf von dem Amte an das Amtsrevisorat erlassene Weisung entsprochen wurde.

Da diese Urkunde bei der von dem Großh. Hofgerichte gepflogenen mündlichen Verhandlung von dem Anwalte des Beklagten anerkannt wurde, so ist auch durch das in dieser Urkunde enthaltene Geständniß des Beklagten der Beweis hergestellt, daß zwischen ihm und dem Kläger der von letzterem behauptete Gesellschaftsvertrag wirklich bestand, daß er diesen Gesellschaftsvertrag aufkündigte, und daß deßhalb zwischen ihm und dem Kläger eine Abrechnung nothwendig ist.

Da hiernach die von dem Kläger erhobene Klage nicht nur begründet, sondern auch schon jetzt vollständig erwiesen ist, so erscheint er als beschwert, wenn er mit seinem Begehren, die zwischen ihm und dem Beklagten bestehenden Streitigkeiten

Digitized by Google

zur Entscheidung vor Schiedsrichter zu verweisen, abgewiesen wurde.

Dagegen erscheint dessen Bitte, durch das Richteramt drei Schiedsrichter zu ernennen, unstatthaft, indem bei Constituirung des Schiedsgerichts die in den Anh. §. 53—55 enthaltenen Vorschriften zur Anwendung kommen müssen, und dem Kläger überlassen bleiben muß, hiernach bei dem Gerichte erster Instanz seine weiteren Anträge zu stellen. R.

Digitized by Google

XII.

Actio Pauliana bei Zahlungen.

Zur Begründung der actio Pauliana wird nach römischem Rechte erfordert, daß der Schuldner eine Veräußerung vornahm, um dadurch seinen Gläubigern einen Bestandtheil seines Vermögens zu entziehen. Bei belasteten Verträgen muß auch der Mitkontrahent in dolo gewesen sein und dieser dolus ist vorhanden, wenn derselbe von der bösen Absicht des Schuldners Kenntniß hatte, qui fraudem non ignoravit.

l. 1. pr. l. 10. pr. §. 2. D. 42. 8.

Quod ait prætor „sciente“ sic accipimus, te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est.

Bei freigebigen Veräußerungen ist aber diese conscientia fraudis nicht erforderlich. Es genügt, wenn auch nur der Schuldner die Absicht hatte, seinen Gläubigern zu schaden.

l. 6. §. 11. D. h. t.

Dagegen ist die Restitutionspflicht von größerem oder geringerem Umfange, je nachdem der Empfänger ebenfalls in dolo war oder nicht.

Was Zahlungen betrifft, die vor dem Ausbruche des Concurses geleistet worden sind, so ist hier vieles bestritten. Jedenfalls aber muß unterschieden werden, ob eine bereits fällige oder noch nicht fällige Schuld getilgt wurde. Bei der letzteren Zahlung findet, wenn die allgemeinen Bedingungen der actio Pauliana vorliegen,

Digitized by Google

eine Rückforderung statt, und nur darüber ist man nicht einig, was der Gegenstand des Ersatzes sein soll, das interusurium oder derjenige Betrag, den der Gläubiger im Conkurse nicht erhalten haben würde.

Bei Zahlungen fälliger Forderungen findet nach der jetzt ziemlich allgemein angenommenen Ansicht die actio Pauliana gar nicht statt.

Es sagt dieses auch sehr deutlich die

l. 6. §. 7. D. l. c.

Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam accepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque debitorem non esse solvendo, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit.

Qui vero post bona possessa debitum suum receperit, hunc in portionem vocandum exæquandumque ceteris creditoribus, nec enim debuit præcipere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset.

Daß diese Regel durch weitere Stellen, welche ein anderes Resultat zu ergeben scheinen, nicht aufgehoben oder modificirt wird, hat nachgewiesen

Franke im civ. Archiv B. XVI. S. 125 ff.,
vergl. Mühlenbruch Pandecten §. 174,
Puchta Pandecten §. 380,
Bayer Conkursrecht S. 80. Nr. 9.

Im franz. Civilrecht ist der Rechtssatz, welcher der actio Pauliana zum Grunde liegt, durch den art. 1167, womit viele einzelne Bestimmungen in Verbindung stehen, anerkannt. Das Handelsrecht hat für Handelsganten und Handelsgeschäfte besondere Verfügungen, und diese wurden durch die §. 830—832 der Pr.-O. generalisirt, so daß der Unterschied zwischen Handels- und gemeinen Ganten und zwischen Handels- und gewöhnlichen Rechtsgeschäften wegfällt.

Im Allgemeinen ergibt sich hieraus folgendes Resultat:

I. Rechtsgeschäfte, welche innerhalb 10 Tagen vor dem Gantausbruch stattgefunden haben, sind

Digitized by Google

1) kraft Gesetzes nichtig und ohne daß es eines weiteren Beweises als dieser Thatsache bedarf,

a. wenn Vorzugs- oder Unterpfandsrechte erworben oder eingetragen werden §. 830,

b. wenn Liegenschaften unentgeldlich abgegeben werden,

c. wenn Zahlungen für noch nicht fällige Schulden geschahen. Diese müssen zurückgegeben werden.

2) Alle übrigen Handlungen sind anfechtbar, d. h. sie sind nicht dadurch allein nichtig, daß sie innerhalb 10 Tagen vor dem Ausbruch stattgefunden haben, sondern es muß eine Gefährde bewiesen werden. Daß eine Gefährde von Seiten des Gemeinschuldners stattgefunden habe, wird vermuthet, allein es muß auch weiter bewiesen werden, daß die Mitkontrahenten in dolo waren, also die Gefährde des Schuldners gekannt haben, und dieser Beweis kann durch Vermuthungen erstellt werden. Satz 1353.

II. Aeltere Rechtsgeschäfte fallen unter die Regel des Satzes 1167 und es ist hier unbezweifelt der Beweis einer Gefährde stets erforderlich, und zwar

1) bei Rechtsgeschäften die einen belasteten Character haben, ein dolus ex utraque parte, also eine conscientia fraudis auf Seiten des Mitkontrahenten des Schuldners. Es folgt dieses daraus, daß diese Mitwissenschaft selbst in dem I. 2. erwähnten Falle vorausgesetzt wird,

2) bei freigebigen Verfügungen verlangt man, wie im römischen Rechte, keine böse Absicht auf Seiten des Empfängers. Es genügt, wenn die Schenkung oder Liberalität zum Abbruch der Rechte der Gläubiger von Seiten des Schuldners unternommen wurde.

In Frankreich sind Theorie und Praxis über diese beiden letzteren Sätze einig.*)

*) Jedoch hat der Cassationshof am 2. März 1847 entschieden, daß die Bestellung eines Heirathsgutes im Ehevertrag in Bezug auf die Anwendung des Art. 1167 nicht als eine Schenkung betrachtet werden könne, weil dieselbe den wesentlichen


Digitized by Google

Was Zahlungen insbesondere betrifft, so ist so viel gewiß, daß bei Zahlungen auf fällige Forderungen eine Gefährde nothwendig ist, um sie anzufechten, denn kraft Gesetzes nichtig sind nur diejenigen, welche auf nicht fällige Forderungen innerhalb 10 Tagen vor der Gant geschahen.

Im Uebrigen aber könnte die den einzelnen Bestimmungen angehängte allgemeine Regel:

„alle zur Gefährde der Gläubiger unternommenen Handlungen und Zahlungen sind ungültig"

hinsichtlich der Zahlungen die Zweifel erregen: ob dieser Nachsatz

1) sich nur auf solche Zahlungen erstrecke, die während der 10 Tage auf fällige Forderungen geleistet wurden, oder auch auf frühere derartige Zahlungen;

2) ob auch eine Gefährde auf Seiten des Zahlungsempfängers zu beweisen sei, selbst wenn die Zahlung in den letzten 10 Tagen geleistet wurde. Diese Zweifel müssen schwinden, wenn man mit Toullier VI. Nr. 365 annimmt, daß schon im franz. Handelsrecht mit jenem Anhange nur die allgemeine Regel des Satzes 1167 habe wiederholt werden sollen. Die Zahlungen sind dadurch ebenfalls unter die anfechtbaren Rechtsgeschäfte aufgenommen, wenn sie in Gefährde geschehen. Die Wirkung der Gefährde kann nicht nach den 10 Tagen abgemessen werden, aber sie muß, da keine Schenkung vorliegt, ex utraque parte stattgefunden haben.

Die letztere Frage kam in nachstehendem Rechtsfalle zur Entscheidung:

In der Gant des Ludwig Auerbach liquidirte Nathan Wolf eine Forderung von 2246 fl. 45 kr. und brachte daran eine Zahlung von 595 fl. in Abzug. Diese Zahlung wurde von dem Gantanwalt zurückgefordert, weil sie in den letzten 10 Tagen vor dem Gantausbruch zum Nachtheil der übrigen Creditoren geleistet

---

Zweck habe, den Mann in den Stand zu setzen, die ehelichen Lasten zu bestreiten und weil der Besteller Gewähr leisten müsse, was nur bei onerosen Verträgen vorkomme.

Digitized by Google

worden sei. Der Liquidant wurde in den beiden ersten Instanzen auf diese Wiederklage hin verurtheilt, die Zahlung zu restituiren.

Die hofg. Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

Es ist unbestritten, daß die vom Gantmanne Auerbach an den Liquidanten Wolf geleistete, jetzt von der Masse reclamirte, Zahlung zwar auf eine fällige Forderung hin, jedoch innerhalb 10 Tagen vor dem Gantausbruche geleistet worden war.

Wenn nun der Unterrichter, welcher den Liquidanten Wolf sachfällig erklärte, von der Ansicht ausging, daß alle Zahlungen, welche ein Gantmann während jener 10 Tage geleistet, die Vermuthung der Gefährde gegen sich haben und für ungültig zu erklären seien, so läßt sich zwar diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit nicht rechtfertigen; denn zur Gefährde gehört gerade und noch weiter die Benachtheiligung der Gläubiger, weßhalb der

H.R.S. 214 und der entsprechende §. 834 der Pr.-O.

schon ihrem Wortlaute nach diese Benachtheiligung voraussetzen, auch

Brauer Erläut. Bd. IV. S. 512 u. Bd. III. S. 113,

sagt nur, daß, wo jene vorhanden und die Zahlung innerhalb jener 10 Tage erfolgt sei, die Absicht der Gefährde vermuthet werde. Dessen ungeachtet aber ist der Appellant durch das unterrichterliche Erkenntniß nicht beschwert, weil sich aus den, Gegentheils angerufenen, Gantacten eine solche Benachtheiligung wirklich ergibt, in welcher Beziehung die Sache so klar ist, daß es lediglich einer Hinweisung auf die Vermögensuntersuchung und die Liquidation bedarf.

Es hat nun zwar appellantischer Seits die Ansicht geltend gemacht werden wollen, daß das angeführte Gesetz, besagend:

„alle zur Gefährde der Gläubiger geschehenen Handlungen „und Zahlungen sind nichtig;"

nur da Anwendung finde, wo auch der Zahlungsempfänger in bösem Glauben versirt, beziehungsweise die materielle Gantmäßigkeit des Schuldners zur Zeit der Zahlung gekannt habe. Dieses sei jedoch bei dem Appellanten der Fall nicht.

Es erscheint indessen eine solche Auslegung des Gesetzes nicht gerechtfertigt.

Digitized by Google

Betrachtet man nämlich solches allererst an und für sich, das heißt abgesehen von seinem Zusammenhange mit den anderen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte des Cridars, so unterscheidet es nicht, ob subjectiv der böse Glaube bei Jenem oder auch bei dem Zahlungsempfänger vorhanden sei, noch weniger verlangt es das Letztere ausdrücklich, vielmehr geht aus den Worten:

„alle zur Gefährde der Gläubiger geschehenen Zahlungen"

hervor, daß es vorzugsweise objectiv auf die Benachtheiligung derselben Rücksicht genommen hat. Ueberall, wo die Zahlung innerhalb 10 Tagen vor dem Gantausbruche erfolgte, mithin bei wirklicher Benachtheiligung anderer Gläubiger die Gefährde wenigstens des Schuldners vermuthet wird, wird man daher von einer Gefährde des Zahlungsempfängers abzusehen haben und nur da, wo Anfechtungen früherer Rechtsgeschäfte in Frage stehen,

L.R.S. 1167,

wird es auf die Frage auch der Gefährde des anderen Theiles ankommen.

In der That käme man auch bei anderer Auslegung des Gesetzes zu dem, die Rechte der übrigen Gläubiger geradezu vernichtenden und dem Willen des Gesetzgebers daher unmöglich zu unterstellenden, Resultate, daß, wo nur der Zahlungsempfänger in gutem Glauben wäre, dem Schuldner und nachherigen Gantmanne nach Willkühr freistünde, ihn zu befriedigen, die Uebrigen aber leer ausgehen zu lassen.

Vergleicht man nun aber noch weiter die übrigen Bestimmungen über die Handlungen eines Gantmannes während der letzten 10 Tage vor dem Gantausbruche, so wird die hier vertheidigte Ansicht nur noch mehr bestärkt. — Nach

§. 831 der Pr.-O. und H.R.S. 211,

können belastete Verträge, wenn sie dem Richter Kennzeichen der Gefährde darbieten, umgestoßen werden, und nach

§. 832 der Pr.-O. und H.R.S. 212,

haben alle, vom Gemeinschuldner in jener Zeit eingegangenen Verbindlichkeiten oder Handlungen, welche eine Verminderung

Digitized by Google

seines Vermögens zur Folge haben, die Vermuthung gegen sich, daß sie aus Gefährde desselben entstanden seien; sie sind nichtig, wenn bewiesen wird, daß von Seiten der übrigen Vertragspersonen eine Gefährde unterlaufen ist.

Diesen Fällen entgegengesetzt, werden nun aber in den beiden folgenden

§§. 833 u. 834 der Pr.-O. und in den H.R.S. 213 u. 214,

die Zahlungen besonders erörtert und wenn nun §. 833 der Pr.-O. dem Empfänger die Rückzahlung einer noch nicht fällig gewesenen Forderung schlechthin und ohne Untersuchung, ob eine Gefährde der übrigen Gläubiger vorhanden sei oder nicht, auflegt, der

§. 834 der Pr.-O.

aber die Nichtigkeit der Zahlung von der Gefährde der Gläubiger abhängig macht, von einer Gefährde des Zahlungsempfängers aber, wie dieses doch bei anderen Handlungen und Rechtsgeschäften der in den

§§. 831 und 832 der Pr.-O.

erwähnten Art in Beziehung auf die anderen Vertragspersonen oder überhaupt Betheiligten geschieht, keine Erwähnung thut, so läßt sich hieraus ein weiteres Argument für den oben aufgestellten Grundsatz entnehmen, daß die Anwendung des

§. 834 der Pr.-O.

nicht durch die Gefährde des Zahlungsempfängers bedingt sei.

Hiernach kam es auf die Frage:

„ob und in wieferne solche vorhanden sei, oder ob noch „hätte Beweis auferlegt werden sollen?"

nicht weiter an; es mußte vielmehr bestätigend erkannt und der Appellant auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden.

Beim Oberhofgericht wurde aber angenommen, daß der Beweis einer Gefährde auf Seiten des Empfängers nothwendig sei und dieses ist in folgenden Entscheidungsgründen ausgeführt:

Der im L.R.S. 1167 ausgesprochene allgemeine Grundsatz:

„daß die Gläubiger in eigenem Namen Handlungen an- „fechten können, welche ihr Schuldner zum Abbruch ihrer „Rechte unternimmt;"

Digitized by Google

hat durch die §§. 830 — 834 der Pr.=O. insoferne eine nähere Bestimmung erhalten, als hier die einzelnen Fälle aufgezählt werden, in welchen die mit dem Gemeinschuldner vor Ausbruch der Gant abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wegen einer präsumirten Gefährde angefochten werden können.

Wenn nun hiernach

1) für absolut nichtig erklärt werden: Unterpfandsbestellungen, unentgeldliche Eigenthumsübertragungen an Liegenschaften, und Zahlungen noch nicht verfallener Forderungen, insofern die eine oder die andere dieser Handlungen in den letzten 10 Tagen vor der Ganteröffnung stattgefunden hat;

wenn ferner

2) rücksichtlich aller in den letzten 10 Tagen vor der Ganteröffnung eingegangenen Verbindlichkeiten oder Handlungen, welche eine Verminderung des Vermögens des Gemeinschuldners zur Folge haben, bestimmt wird, daß diese zwar die Vermuthung gegen sich haben, daß sie aus einer Gefährde des Gemeinschuldners entstanden seien, daß dieselben aber nur dann für nichtig erklärt werden können, wenn erwiesen wird, daß von Seiten der übrigen Vertragspersonen ebenfalls eine Gefährde unterlaufen ist;

wenn endlich

3) im Gegensatze zu den beiden oben gedachten Fällen alle zur Gefährde der Gläubiger geschehenen Handlungen und Zahlungen für nichtig erklärt werden;

so ergibt sich hieraus, daß rücksichtlich der Zahlungen verfallener Forderungen, gleichviel zu welcher Zeit dieselben geleistet worden sein mögen, weder gegen den Schuldner, noch gegen den Empfänger die Præsumtion einer beabsichtigten Gefährde der Gläubiger Platz greifen soll, daß mithin die Nichtigkeit einer solchen Zahlung nur dann ausgesprochen werden kann, wenn behauptet und bewiesen wird, daß sich der zahlende Schuldner und der Empfänger den übrigen Gläubigern gegenüber in bösem Glauben befunden haben.

Da übrigens zufolge der Bestimmung des

L.R.S. 2093,

das Gesammtvermögen des Schuldners allen Gläubigern desselben verhaftet ist, und bei einer Unzulänglichkeit des Vermögens jeder einzelne Gläubiger nur einen verhältnißmäßigen Antheil des Vermögens anzusprechen hat, die Zahlung, beziehungsweise Empfangnahme einer diesen Antheil übersteigenden Zahlung mithin eine widerrechtliche Benachtheiligung der übrigen Gläubiger enthält, so ist eine Gefährde sowohl des Schuldners, als des Zahlungsempfängers vorhanden, wenn die Zahlung mit dem Bewußtsein gegeben und beziehungsweise angenommen wird, daß das Vermögen des Schuldners zur Deckung seiner Schulden nicht hinreicht, derselbe mithin zahlungsunfähig ist.

Daß nun der Gemeinschuldner im vorliegenden Falle bei der nur wenige Tage vor seiner Insolvenzerklärung geleisteten Zahlung nicht nur materiell gantmäßig war, sondern diesen seinen Vermögenszustand genau kannte, geht, auch abgesehen von seinem Zugeständnisse, aus den Gantakten selbst hervor, welche nicht nur eine bedeutende Ueberschuldung darthun, sondern auch beweisen, daß derselbe schon längere Zeit vor dem Gantausbruche durch eine mit gefälschten Wechseln getriebene sogenannte Wechselreiterei den Ausbruch der formellen Gant auf eine betrügerische Weise hinausgeschoben hat, zur Zeit dieser mittels Verkaufes seines Waarenlagers geleisteten Zahlung mithin wußte, daß er damit den Oberappellanten zum Nachtheil seiner übrigen Gläubiger widerrechtlich begünstige.

Was dagegen den Oberappellanten betrifft, so hat der Gantanwalt die Behauptung, daß auch dieser sich einer Gefährde schuldig gemacht habe, auf die Behauptungen gestützt:

a. daß der Gemeinschuldner vor und bei der hier in Frage stehenden Zahlung dem Oberappellanten eröffnet habe, daß er bei Weitem nicht so viel Vermögen besitze, um alle seine Schulden zahlen zu können;

b. daß der Oberappellant schon vor dieser am 8. Mai geschehenen Zahlung entdeckt und gewußt habe, daß der Cridar ihm, dem Oberappellanten, und andern Gläubigern Wechsel mit gefälschten Accepten übergeben gehabt habe; und

Digitized by Google

c. daß der Gemeinschuldner auf Anforderung und unter Anleitung des Oberappellanten einen letzten Rest seiner Goldwaaren mit nach Carlsruhe genommen und gegen den Brauch mit einem Nachlaß von 6 pCt. gegen Baarzahlung veräußert habe, um sofort den Erlös dem Oberappellanten übergeben zu können.

Sowie nun der Oberappellant durch die ausdrückliche Eröffnung des Gemeinschuldners, daß sein Vermögen zur Zahlung seiner Schulden bei Weitem nicht hinreiche, jedenfalls davon unterrichtet worden sein würde, daß die an ihn geleistete Zahlung eine ihm auf Kosten der übrigen Gläubiger gewährte Begünstigung war, so begründen auch die sub 1 und 2 gedachten Thatsachen, namentlich in ihrer Verbindung, die Vermuthung, daß sich der Oberappellant bei Annahme der Zahlung in bösem Glauben befand, indem derselbe namentlich daraus, daß der Gemeinschuldner seine Gläubiger mit gefälschten Wechseln zu befriedigen suchte, dessen Zahlungsunvermögen erkennen mußte.

Die behaupteten Thatsachen sind demnach erheblich.

Der Oberappellant hat nun zwar zugestanden, von dem Gemeinschuldner erfahren zu haben, daß er etwas in Geldverlegenheit sei, ferner davon Kenntniß zu haben, daß derselbe in den letzten Monaten vor dem 8. Mai seinen Gläubigern mehrere Wechsel mit gefälschten Accepten an Zahlungsstatt ausgefolgt hat, und endlich dem Gemeinschuldner auf dessen Verlangen zum Verkaufe der Goldwaaren behilflich gewesen zu sein und den Erlös in Empfang genommen zu haben; er hat aber widersprochen, von dem Gemeinschuldner dessen Insolvenz erfahren, denselben auf die vom Gantanwalte angegebene Weise zum Verkaufe der Goldwaaren angeleitet zu haben, und er hat nicht zugegeben, schon zur Zeit der Empfangnahme der fraglichen Zahlung davon Kenntniß gehabt zu haben, daß der Cridar seine Gläubiger mit gefälschten Wechseln gezahlt habe.

Es mußte daher, wie geschehen, dem Gant-Anwalte auch der Beweis dieser Thatsachen nachgelassen werden. R.

Digitized by Google

XIII.

Sachlegitimation in Servitutenprozessen.

(Armbruster gegen Schmitt. Schmitt gegen Gebele.)

I. Die actio confessoria und negatoria kommt zunächst nur dem Eigenthümer des Grundstückes zu, für welches eine Dienstbarkeit oder die Freiheit von einer Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird.

l. 1 §. 1. D. si servitus vind. 8. 5.
l. 6 §. 3. ibid.

Utiliter werden diese Klagen aber auch denjenigen Personen gestattet, welche das fragliche Grundstück aus einem dinglichen Rechte inne haben, und insbesondere dient dem Usufructuar zu diesem Behufe die Vindicatio ususfructus.

l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si ususfr. pet. 7, 6,
Mühlenbruch Pandecten II. B. §. 292,
Thibaut Pandecten II. B. §. 771.

Nach unserem Rechte gilt im Wesentlichen dasselbe.

Zachariä franz. Civilrecht II. Bd. §. 227.
arg. §. 745 der Pr.=O.

Nur derjenige ist nicht zur Erhebung dieser Klagen legitimirt, der aus einem blos persönlichen Rechte im fremden Namen besitzt.

arg. L.R.S. 1725, 1726, 1727.
Pr.=O. §. 749.

Eine ganz andere Frage ist es nun aber, was der Kläger zu beweisen habe, wenn ihm das Recht bestritten wird, auf das sich seine Legitimation gründet, so namentlich, wenn geläugnet wird, daß er Eigenthümer sei?

Digitized by Google

Hierüber bestehen im gemeinen Rechte verschiedene Meinungen. Einige behaupten, daß der Civilbesitz auf Seiten des Klägers genüge, indem der Besitzer nicht angehalten werden könne, sein Eigenthum zu beweisen. Andere verlangen eine Bescheinigung und wieder Andere einen strengen Beweis des Eigenthums.

Vergl. Glück Pandecten X. B. S. 247,

welcher sich für die Meinung ausspricht, daß der Kläger sein Eigenthum bescheinigen müsse.

Den Beweis des Eigenthums verlangen z. B.

Thibaut l. c.,

v. Vangerow Pandecten I. S. 712.

Dagegen sagt

Puchta Pandecten §. 191:

„Bei Realservituten gehört zum Beweis der Klage noch der Beweis des Eigenthums oder des dazu berechtigenden jus in re an dem herrschenden Grundstück; doch ist auch der bonæ fidei possessor, wie er ja dem Grundstück auch eine Servitut erwerben kann, zur Klage zuzulassen, und es ist daher für den Kläger hinreichend, wenn er den Usukapionsbesitz an dem Grundstück beweist."

Im Allgemeinen gilt allerdings der Grundsatz, daß der Kläger den Grund seiner Klage und insbesondere auch die Thatsachen, die seine Sachlegitimation ausmachen, im Widerspruchsfall zu beweisen habe. Diese Regel ist aber durch die weitere Regel beschränkt, daß derjenige vom Beweise befreit ist, der eine Vermuthung für sich hat, und daß vermöge dieser Vermuthung dem Beklagten überlassen werden muß, dieselbe durch Gegenbeweis zu entkräften. Wenn also das Gesetz bestimmt, daß gewisse Voraussetzungen zu einer Klage oder Einrede vorhanden sein müssen, so folgt daraus noch keineswegs mit unwiderlegbarer Nothwendigkeit, daß der Kläger, resp. Beklagte, im Widerspruchsfall beweispflichtig sei, sondern nur so viel ist gewiß, daß, wo jene Voraussetzung nicht vorhanden ist, die Klage oder Einrede verworfen werden muß. Ob aber der Kläger, resp. Beklagte, das Vorhandensein jener Voraussetzung, oder sein Gegner das Nichtvorhandensein zu beweisen habe, ist nach den Regeln über die

Digitized by Google

Beweislast zu beurtheilen, welche keineswegs ganz identisch sind mit der Bestimmung des Gesetzes, was zur Verfolgung eines Klagerechts oder zu einer Einrede gehöre.

Wenn also das Gesetz sagt: hæc autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit, servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi (l. 2 §. 1 D. cit.), so läßt sich daraus ein Schluß auf die Beweislast des Klägers nur in so lange ziehen, als dem Kläger keine Vermuthung zur Seite steht. Wo aber diese vorhanden ist, muß sie der Beklagte durch Gegenbeweis entkräften, und kann er dieses, so tritt die Vorschrift des Gesetzes ein, daß der Kläger abzuweisen ist, weil ihm das Eigenthum nicht zusteht. Ebenso ist die Bestimmung des §. 88 der Pr.-O., daß der Kläger die Thatsachen seiner Legitimation zu beweisen habe, mit dem §. 400 in Verbindung zu bringen, welcher sagt, daß der Kläger nur dann beweispflichtig sei, wenn ihm nicht eine Rechtsvermuthung zur Seite steht.

Wenn es nun anders richtig ist, daß der Besitzer einer Sache vom Beweise befreit sein soll, weil für ihn die Vermuthung streitet, was in den

L.R.S. 544 e, 2230,

klar ausgesprochen ist, und auch gemeinrechtlich angenommen wird,

Kori im civ. Archiv 27. B. S. 326,

so ist nicht wohl einzusehen, warum diese Vermuthung da nicht eintreten soll, wo der Besitzer einer Liegenschaft für diese eine Servitut oder die Freiheit von einer solchen in Anspruch nimmt. Die Vermuthung lautet ganz allgemein und kann auf den Fall, wo der Besitzer als solcher belangt wird, schon deßwegen nicht beschränkt werden, weil es in diesem Fall einer solchen Vermuthung nicht bedürfte, vielmehr schon nach der allgemeinen Regel über die Beweislast diese den Kläger und nicht den Beklagten treffen würde.

Glück l. c. macht freilich noch folgende Gründe geltend:

1) Der Beklagte müsse gesichert sein, daß er mit dem Kläger keinen nutzlosen Prozeß führe, und so lange der Beweis des Eigenthums nicht geführt sei, stehe er in Gefahr, auch nach er-

Digitized by Google

langtem Siege noch einen weiteren Prozeß mit dem wahren Eigenthümer zu bekommen. Dieser Grund ist jedoch deßhalb nicht stichhaltig, weil auch dann, wenn der Kläger den Eigenthumsbeweis führt, die Gefahr nicht aufgehoben ist, daß ein Dritter, den der bisherige Prozeß nichts angeht, als Vindicant auftritt und ein besseres Eigenthumsrecht geltend macht.

Man beruft sich

2) auf l. 5 pr. D. si ususfructus petatur.

Diese Stelle spricht jedoch nach näherer Betrachtung durchaus nicht für die Meinung, zu deren Unterstützung sie angeführt wird. Sie behandelt folgenden Fall: Es ist eine actio negatoria von dem angeblichen Eigenthümer gegen den angeblichen Nutznießer angestellt, und der Kläger kann weder sein Eigenthum noch der Beklagte seine Nutznießung beweisen.

Es wird nun am Schlusse gesagt:

> Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen eo jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Der angebliche Nutznießer ist also hier im Besitze der Sache, an welcher er das Nutznießungsrecht ausübt, und ebendeßhalb wird der Kläger, der nicht im Besitze ist, und auch sein Eigenthum nicht beweisen kann, ganz natürlich mit der Klage abgewiesen. Diese Stelle kann demnach kein Argument für den Fall abgeben, wo der Kläger im Besitze ist.

Ebenso spricht die noch weiter zitirte l. 16 D. de except. 44, 1. von einem Falle, wo der Confessorienkläger nicht im Besitz des angeblich herrschenden Grundstückes ist.

Im gemeinen Rechte wird zwar von Manchen behauptet: der Satz, es streite für den Besitz die Vermuthung des Eigenthums, heiße im Wesentlichen nichts anderes, als daß der Beklagte nicht beweispflichtig sei, weil der Besitzer stets in der Rolle des Beklagten erscheine, und die Freiheit vom Beweise sei daher nicht Folge einer Vermuthung, sondern Folge der allgemeinen Regel „actore non probante, reus absolvitur.“

Digitized by Google

Weber Beweis 3. Ausg. S. 77,
v. Savigny Besitz §. 3 Nr. 4.

Für unsere Gesetzgebung ist jedoch eine nähere Prüfung dieser Behauptung ohne Werth, da die Vermuthung bestimmt und allgemein als præsumtio juris ausgesprochen ist und daher nicht in der Weise beschränkt werden darf, daß jene gesetzliche Regel keinen Sinn und keine Bedeutung mehr haben würde.

In unserer Praxis wird nun trotz des unbestrittenen Besitzes häufig von dem Besitzer der Beweis verlangt, daß er Eigenthümer und daß sein Eigenthum im Grundbuche eingetragen sei, allein das Oberhofgericht hat in Sachen Armbruster gegen Schmitt den Grundsatz ausgesprochen, daß derjenige, welcher sich unbestritten im Besitze einer Liegenschaft befinde, den Beweis des Eigenthums nicht zu führen habe, sondern als legitimirt zur Geltendmachung der dem Grundstück zukommenden dinglichen Rechte angesehen werden müsse, so lange die nach den Sätzen 544 c und 2230 für ihn streitende Vermuthung nicht entkräftet sei.

Klagt dagegen der Nutznießer, so muß dieser, weil er die Sache selbst in fremdem Namen besitzt, seine Nutznießung beweisen, sofern sie ihm bestritten wird und keine Vermuthung für ihn streitet, wie z. B. für den Ehemann in Ansehung der Güter seiner Ehefrau.

II. In Ansehung des Beklagten müssen folgende Fälle unterschieden werden:

1) der factische Eingriff in das Recht des Klägers ist gar nicht in der Absicht geschehen, jenes Recht zu bestreiten und sich ein entgegenstehendes Recht anzumaßen. Dieses sind nach L.R.S. 1723 reine Thätlichkeiten ohne eine Rechtsansprache. Es kann daraus nur eine Entschädigungsklage erwachsen, und jeder Besitzer in fremdem Namen kann kraft eigenen Rechts diese Klage erheben.

2) Die Störung erfolgte, weil das Recht des Klägers nicht anerkannt oder ein dingliches Recht auf sein Eigenthum angesprochen wird. Hier ist die actio confessoria oder negatoria an ihrem Platze, allein derjenige, der die Störung vorgenommen hat, kann, wenn dieses nicht kraft eines ihm selbst zustehenden

dinglichen Rechts, sondern lediglich aus Auftrag oder im Interesse eines Dritten geschah, sich durch die nominatio auctoris von der Klage befreien.

§. 119 vergl. mit §. 752 der Pr.=O.
Kori im civ. Archiv 27. B. S. 330,
Brackenhöft Erörterungen S. 343 Nr. 3.

Weist der Benannte die Benennung zurück oder gibt er keine Antwort, so wird gegen den Beklagten nur noch eine Schadensklage stattfinden, eine actio negatoria oder confessoria aber nicht weiter nöthig sein, weil in der Benennung des Auctor's die Erklärung liegt, daß der Beklagte nicht selbst eine Rechtsansprache erhebe, welche mit der Eigenthumsfreiheit oder dem dinglichen Recht des Klägers im Widerspruche steht. Vergl. hierüber auch

Oberhofg. Jahrbücher 1844 S. 48 ff.

J. S. Armbruster gegen Schmitt und i. S. Bruder gegen Schmitt, Freiheit von einem Weidrecht betr., wurde der Beklagte mit einer actio negatoria belangt, weil er als Besitzer eines gewissen Hofgutes ein Weidrecht auf Grundstücke der beiden Kläger in Anspruch genommen und auch ausgeübt hatte. Das Hofgut war jedoch Eigenthum seiner Ehefrau und aus diesem Grunde wurde in dem einen dieser Prozesse, nämlich i. S. Bruder gegen Schmitt die Klage als gegen den unrechten Beklagten gerichtet, von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises abgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß nach den beiderseitigen Parthieverträgen, sowie nach der anerkannten öffentlichen Urkunde vom 6. Juni 1839 (A.G.Act. p. 51) rechtlich gewiß ist, daß das Gütchen, zu dessen Gunsten eine Weidberechtigung auf dem Hofgute des Klägers bestehen soll, nicht dem Beklagten selbst, sondern seiner Ehefrau Creszentia geb. Schmidt eigenthümlich gehöret:

In Erwägung, daß solche Weidberechtigungen nach L.R.S. 686, 688, 637, 526, als liegenschaftliche Rechte anzusehen und zu behandeln sind;

In Erwägung, daß der Kläger als Eigenthümer des angeblich dienenden Gutes seine Klage auf Freiheit desselben von der

Digitized by Google

darauf angesprochenen Grunddienstbarkeit des Weidrechts, gegen den Eigenthümer des herrschenden Gutes, also gegen die Ehefrau des Beklagten zu richten hat;

In Erwägung, daß der Ehemann über die Liegenschaften und resp. liegenschaftlichen Rechte der Frau allein nicht verfügen darf, somit auch in eigenem Namen keinen Prozeß darüber führen kann und, wenn er in solcher Weise als Beklagter belangt wird und sich einläßt, als unrechter Beklagter anzusehen ist;

L.R.S. 1428. §. 88 der Pr.-O.

In Erwägung, daß sonach in vorliegendem Falle der Kläger den unrechten Beklagten belangt hat, und daß endlich kein Anlaß zur Hebung dieses Mangels vorhanden ist, weil weder klägerischer Seits die Ermächtigung oder Bewilligung der Ehefrau gefordert, noch beklagter Seits solche vorgelegt oder auch nur beizubringen angeboten worden ist; rc."

Dieser Prozeß wurde vor der Erledigung in dritter Instanz verglichen.

Dasselbe Verhältniß war aber auch i. S. Armbruster gegen Schmitt vorhanden, und hier nahm besagtes Hofgericht die Legitimation des Beklagten als vorhanden an. Indessen wurde in dieser beim Oberhofgericht zur Entscheidung gekommenen Rechtssache auch noch in dritter Instanz vom Beklagten geltend gemacht, daß er aus dem angegebenen Grunde nicht der rechte Beklagte sei, daß vielmehr seine Ehefrau hätte belangt werden müssen.

Das Oberhofgericht verwarf aber diesen Einwand, weil der Beklagte als Herr der Gütergemeinschaft und als Nutznießer der eheweiblichen Liegenschaften die angebliche Störung des Eigenthums kraft eines ihm selbst zustehenden dinglichen Rechtes vorgenommen habe, und daher die in seiner Erklärung liegende nominatio auctoris nicht berücksichtiget werden könne.

Daraus, daß die Ehefrau nicht belangt wurde, würde nur folgen, daß der Ehemann in diesem Prozesse nicht als Vertreter der Frau angesehen werden, und das Urtheil gegen dieselbe keine Wirkung haben könnte, sondern nur gegen den Ehemann als Nutznießer. R.

Digitized by Google

XIV.

Zur Auslegung des L.R.S. 340 a.

(Graß gegen Fräßle.)

Zur Begründung einer Vaterschaftsklage wurde folgendes behauptet:

1) Der Beklagte Joseph Fräßle habe einem Mädchen, welches aber nicht genannt ist, gesagt, daß er der Vater des Kindes sei, womit die Karoline Graß schwanger gehe, er sei es gewesen, welcher sie zur Mutter gemacht habe.

2) Der Beklagte habe der Klägerin nach der Geburt ihres Kindes das Geständniß seiner Vaterschaft abgelegt und ihrer dabei anwesend gewesenen Mutter wiederholtemal betheuert, daß er sein und der Klägerin Kind nie verlassen, sondern stets, so viel in seinen Kräften stehe, Vaterpflicht an demselben erfüllen werde.

Die Klägerin bemerkte weiter, der Beklagte habe diese Geständnisse unter Umständen gemacht, die keinen Zweifel über die Freiwilligkeit derselben übrig ließen, sondern zugleich bewiesen, daß er das Geständniß in besseren Augenblicken aus Pflichtgefühl und in der Absicht gemacht habe ihr Genugthuung zu geben.

Diese Thatsachen wurden zwar in contumaciam für zugestanden angenommen, die Klage aber in der zweiten Instanz dennoch als unbegründet verworfen. Die

hofgerichtlichen Entscheidungsgründe

lauten dahin:

„Die Erklärung des Beklagten, welche den Grund der Klage

bildet und der Klägerin gegenüber geschehen sein soll, ist ihrem Inhalte nach nichts anderes, als die Anerkennung der Vaterschaft eines natürlichen Kindes.

Hiefür schreibt der L.R.S. 334 ausdrücklich eine bestimmte Form vor, und diese Form ist nicht eingehalten. Die Berufung auf den L.R.S. 340 a kann diesen Mangel nicht als unerheblich darstellen. Es wäre gegen alle Regeln der Auslegung, zu unterstellen, daß der L.R.S. 340 a eine Aufhebung der allgemeinen Regel des Satzes 334 enthalte.

Man kann in diesem Zusatze nur eine Modification des französischen Rechts in dem Sinne finden, daß nicht blos die Anerkennung der Vaterschaft, sondern auch schon die freiwillige Anerkennung des geschehenen Beischlafs zur Klage genügen soll, allein als ein solches freiwilliges Geständniß, wie es der L.R.S. 340 a fordert, ist nicht jedes aussergerichtliche mündliche Bekenntniß, daß man Vater sei, anzusehen. Ein Bekenntniß in dieser Form hat nach L.R.S. 1355 ohnedies einen höchst unbedeutenden juristischen Werth; während das Gesetz bei Standesklagen im Allgemeinen und bei Vaterschaftsklagen insbesondere Urkunden als gewöhnlichen Beweis fordert. Hiernach und bei der Nothwendigkeit die Ausnahme des L.R.S. 340 a aufs strengste auszulegen, kann man nur ein gerichtliches oder mindestens urkundliches Bekenntniß für genügend erachten, um eine Klage zu begründen."

Beim Oberhofgericht (I. Senat) wurde vom Referenten die Bestätigung dieses Urtheils beantragt, allein die Mehrheit sprach sich für die Verurtheilung des Beklagten aus, indem sie die vorgebrachten Thatsachen für erheblich erachtete.

Die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts lauten:

„Die angeführten beiden Thatsachen sind ohnzweifelhaft erheblich, indem hiernach der Beklagte sich während der Schwangerschaft der Klägerin als deren Schwängerer bekannt und nach der Geburt des Kindes dieses als das seinige anerkannt hat; es sind nämlich diese Behauptungen der Klage dem L.R.S. 340 a entsprechend. Die in diesem Zusatze enthaltenen Worte gehen zwar auf ein Geständniß des Beischlafs um die Zeit der unterstellbaren

Digitized by Google

Empfängniß, es erklärt aber Brauer in seinen Erläuterungen B. 1 S. 248 Bemerkung 27, den Sinn dieser Worte dahin, daß damit jedes in Stunden guter Regung abgelegte Bekenntniß der Vaterschaft ausgedrückt werden wollte.

Dieser von Brauer gemachten Auslegung des L.R.Z. ist ein besonderes Gewicht darum beizulegen, weil er der Verfasser desselben ist.

Dieser Auslegung Brauers steht noch folgendes zur Seite: Es ist kein innerer Grund vorhanden und einzusehen, aus welchem der Gesetzgeber absichtlich gerade nur ein in der Art specialisirtes Geständniß des Beischlafs als zur Begründung der Vaterschaftsklage tauglich hätte erklären sollen, da im Privatrechte eine derartige Vorsorge gegen etwaigen Irrthum nicht Grund sei, demgemäß die der Sache nach ganz gleiche Anerkennung des L.R.S. 334 behandelt ist.

Sodann kann man sich aus der Vergleichung der allegirten Brauerischen Erläuterungen leicht überzeugen, daß der Verfasser des Zusatzes 340 a vorzüglich darauf bedacht war, durch das hier benannte Geständniß den Gegensatz zu den in polizeilichen Untersuchungen sich ergebenden Geständnissen auszudrücken, und namentlich diese als zur Begründung der Vaterschaftsklage nicht tauglich auszuschließen, woraus folgt, daß es in der hier in Frage stehenden Beziehung nicht wesentlich auf die gebräuchlichen Worte ankommt.

Es ist ferner nicht zu übersehen, daß in demselben Satze auch die zufällige Ueberweisung gleichfalls im Gegensatze zu der im Untersuchungswege als Grund der Vaterschaftsklage eingeflossen ist; und da bei dieser füglich nur der wirkliche Thatbestand des Beischlafs, als der die Untersuchung veranlassenden unrechten That, gesetzt werden konnte, so lag es, um nicht zwei besondere Sätze, den einen für das Bekenntniß, den andern für die Ueberweisung aufnehmen zu müssen, für den Verfasser um so näher, sie in der Art wie geschehen zu verbinden, ohne daß man daraus folgern dürfte, er habe den Sinn des Bekenntnisses dadurch in ein engeres Feld einschränken und die ausgesprochene gesetzgeberische Absicht aufgeben wollen.

Digitized by Google

Genügt es aber zur Begründung der Vaterschaftsklage an der Behauptung, es habe Jemand ein Geständniß der Vaterschaft abgelegt, so ist auch die gegenwärtige Klage thatsächlich begründet, und da die vorgebrachten Thatsachen für eingestanden erklärt worden sind, vollständig bewiesen. Hiermit ist auch das in der Klage gestellte Begehren begründet, daß der Beklagte für schuldig erklärt werden möge, zum Unterhalte des von der Klägerin am 20. April 1844 gebornen Kindes weiblichen Geschlechts einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten, über dessen Größe jedoch die Bestimmung der competenten Behörde vorbehalten bleiben muß."

Der Respizient gab folgendes

Separat-Votum

ab.

Der L.R.S. 340 verbietet im Allgemeinen die Nachfrage nach dem Vater eines Kindes; das Gesetz bezeichnet jedoch ausser dem Falle des S. 334, wo Jemand ein Kind als das seinige anerkennt, was jedoch nur in einer öffentlichen Urkunde geschehen kann, nur vier Fälle, in welchen Jemand für den Vater eines Kindes erklärt werde, in dem L.R.S. 340 a, nämlich:

1) wenn jemand die Mutter des Kindes kundbarlich bei sich als Beischläferin unterhalten hat,
2) wenn er eines Beischlafs mit der Mutter des Kindes um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß freiwillig geständig,
3) wenn jemand eines derartigen Beischlafs zufällig überwiesen ist,
4) wenn Jemand die Mutter des Kindes erweislich um die Zeit der unterstellbaren Empfängniß außer Stand des freien Sinnengebrauchs zum Behufe eines Beischlafs versetzt hat.

Diesen klaren unzweideutigen Bestimmungen zuwider wird behauptet, es sei nicht nothwendig, daß der Beklagte gerade eines zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß mit der Mutter des Kindes gepflogenen Beischlafs geständig sei, sondern es genüge, wenn derselbe freiwillig im Allgemeinen die Vaterschaft einbekenne.

Zum Beweise dieser Behauptung wird sich auf Brauers Erläuterungen zum Satze 340 §. 27 bezogen, wodurch dieselbe jedoch

durchaus nicht gerechtfertigt wird, denn Brauer führt ja in dem Eingang dieses Paragraphen, als einen Ausnahmsfall wieder den an,

> „wenn Jemand des Beischlafs um die gesetzlich unterstellbare Zeit der Empfängniß freiwillig geständig oder zufällig überwiesen sei",

wenn Brauer in demselben Paragraphen im Gegensatze zu den unfreiwilligen Geständnissen sagt:

> „es gehören nur solche Geständnisse hieher, wo etwa in Stunden guter Regung der Thäter irgendwo beweislich sich zum Vater bekannt und Vaterpflicht zu erfüllen zugesagt hätte;"

so ist hierdurch an der Art, in welcher dieses Geständniß abgelegt werden soll, an der Bestimmung des §. 340 a um so weniger etwas geändert, da dessen Inhalt vielmehr in dem allegirten Paragraphen der Brauerischen Erläuterungen wörtlich wiederholt ist.

Man kann auch nicht sagen, es müsse nach der Absicht des Gesetzgebers etwas gleichgiltiges sein, ob jemand einen zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß gepflogenen Beischlaf oder im Allgemeinen die Vaterschaft eingestehe. Dem aber ist nicht so. Die Vaterschaft ist allerdings die Folge eines derartigen Beischlafs, allein der Gesetzgeber wollte nicht das bloße Zugestehen der Vaterschaft, sondern das ausdrückliche Geständniß jener Thatsache, aus welcher der Beklagte den Schluß ziehen kann, daß er der Vater des Kindes sei, zum Beweismittel für eine Vaterschaftsklage erheben. Will man das bloße Zugestehen der Vaterschaft zur Klagbegründung für genügend halten, so würde darin ein Verstoß dagegen liegen, daß Ausnahmsgesetze nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen.

Die Behauptung, daß der Gesetzgeber der bloßen Kürze wegen die Bezeichnung des Gegenstandes für das Geständniß und die zufällige Ueberweisung in einen Paragraphen zusammengenommen habe, entbehrt aller Begründung, und wenn gesagt wird eine derartige Circumstanzirung des Geständnisses, wie der Wortlaut des

Digitized by Google

S. 340 a angebe, stehe im Widerspruche mit den Erfordernissen des Geständnisses in andern Fällen, so ist dieses einmal nicht richtig, dann aber ist wohl zu bemerken, daß der §. 340 a dem aussergerichtlichen Geständnisse eine Wirkung beilegt, welche jedes andere aussergerichtliche Geständniß nicht hat.

Anmerkung.

Wenn Jemand sich nicht freiwillig als Vater eines natürlichen Kindes bekennt, sondern durch Urtheil dafür erklärt werden soll, so handelt es sich hauptsächlich um den Beweis von Thatsachen, welche darauf schließen lassen, daß der Beklagte Vater des Kindes sei, also namentlich um den Beweis eines in der gesetzlich unterstellbaren Zeit vollzogenen Beischlafes. Aber auch diese Thatsache kann in der Regel nicht direct, sondern nur durch Schlußfolgerungen dargethan werden. Die Sätze 340 u. 340 a sprechen nun von den Fällen, wo eine solche Beweisführung ausnahmsweise zulässig ist.

Bei der Auslegung und Anwendung des Satzes 340 a darf nicht übersehen werden, was Brauer zu eben diesem Satze in der Bemerkung 29 (I. B. S. 248) sagt. Nach der hier enthaltenen Erläuterung des Verfassers der Zusätze war seine Meinung diese:

Zufolge der Regel des Satzes 340 ist jedes Verfahren, welches den Zweck hat, zu constatiren, wer Vater eines unehelichen Kindes sei, unstatthaft, mögen auch was immer für Beweise für die Vaterschaft beigebracht werden. Der Richter darf den Beklagten nicht einmal zur Erklärung darüber auffordern. Dagegen ist ein solches Verfahren zulässig und es kann in Folge dessen der Beklagte als Vater richterlich erklärt werden, wenn die im Satze 340 a enthaltenen Grundlagen zur Schlußfolgerung auf die Vaterschaft beigebracht werden. Damit ist aber im Ganzen nur die Zulässigkeit des Verfahrens zur Constatirung der Vaterschaft und nicht der Grundsatz ausgesprochen, daß jene Thatumstände stets für sich allein ausreichend seien, um daraufhin den Beklagten zu verurtheilen. Alles kommt im einzelnen Falle darauf an, ob jene Thatsachen in Verbindung mit anderen Be-

Digitized by Google

weismitteln einen, den allgemeinen Beweisregeln entsprechenden Beweis herzustellen vermögen, oder ob sie nicht den gehörigen Grad von rechtlicher Gewißheit liefern, beziehungsweise durch entgegenwirkende Vermuthungsgründe ihren Werth verlieren. Deßwegen heiße es, der Beklagte könne, aber nicht, er solle oder müsse verurtheilt werden. Die Vorschrift des Satzes 340 a wäre also ähnlich der Bestimmung über den Anfang eines schriftlichen Beweises, welcher allen anderen, sonst nicht zulässigen Beweismitteln Eingang verschafft. Damit ist auch die fast unmögliche Inkonsequenz beseitiget, daß ein aussergerichtliches mündliches Geständniß, welches doch an sich und nach den Bestimmungen des französischen wie des gemeinen Rechts gar wenig Werth und Bedeutung hat, sogar in einer Standessache, wo sonst die Beweise strenger sind, für sich allein genügen sollte, den Beklagten zu verurtheilen. R.

Digitized by Google

XV.

Fristenversäumniß. Verjährung.

(Oehler gegen Michel.)

Gleichwie in der Pr.-O. zur Vornahme der Parteihandlungen bald vom Gesetze selbst, bald vom Richter Fristen bestimmt werden, so setzt nicht selten das Landrecht zur Ausübung von Rechten und namentlich zur Erhebung von Klagen gewisse Fristen fest. Man unterscheidet diese Fristen und deren Versäumung in manchen sehr wesentlichen Beziehungen von der Verjährung.

Vergl. Zachariä I. B. S. 468 und die dort angeführten Schriftsteller.

Unter Anderem wird auch behauptet, daß bei einer Fristversäumung der Rechtsnachtheil in der Regel ipso jure eintrete und daher die Vorschrift des Satzes 2223 hier keine Anwendung leide, vielmehr der Richter von Amtswegen den Ablauf der Frist berücksichtigen müsse, womit jedoch

Duranton tom. XI. Nr. 111

nicht einverstanden ist.

Solche Fristen kommen hauptsächlich bei Klagen vor, für deren Erhebung schon das gemeine Recht eine gewisse Frist festgesetzt hatte, und auch hier ist der vorhin erwähnte Unterschied aufzustellen versucht, von der Doktrin aber verworfen worden.

v. Savigny röm. R. V. B. S. 371.

In dem oben angeführten Streite war eine actio Pauliana erhoben und erst in der mündlichen Verhandlung der zweiten Instanz, jedoch nicht mit schriftlicher Eingabe, vorgeschützt worden, daß die Klage nach Ablauf der im Satze 1167 a festgesetzten

Digitized by Google

Dauer erhoben worden sei. Die dort bestimmte Dauer der actio Pauliana gehört nun zweifellos, wie schon nach gemeinem Rechte, unter die Classe der Fristen, von welchen hier die Rede ist. Wäre also die Ansicht Zachariäs richtig, so hätte schon von Amtswegen die Einhaltung der Frist geprüft werden müssen und es wäre gleichgültig gewesen, ob der Beklagte die für das Vorschützen von Einreden vorgeschriebene Form und Zeit beobachtet hätte oder nicht. Der oberste Gerichtshof (II. Senat) entschied sich aber dafür, daß dieser Einwand in prozeßrechtlicher Hinsicht wie eine Einrede der Verjährung zu behandlen sei, und es wurde deßhalb derselbe unter Hinweisung auf die §§. 291, 1221, 1170, 1104, 1115 der Pr.=O. als nicht ordnungsmäßig vorgetragen verworfen.

Es wäre schon an sich für den Richter eine gewagte Sache, auf einen solchen Grund hin eine Klage zu verwerfen, ohne daß der Kläger durch die Einwendung des Beklagten zu seiner Rechtfertigung darüber oder zur Begründung der Rechtzeitigkeit veranlaßt war. Wenn das Gesetz zur Begründung einer Klage ausdrücklich den Nachweis verlangt, daß sie in einer gewissen Frist erhoben wurde, wie z. B. bei Besitzklagen, so muß allerdings der Richter die Klage auch in dieser Beziehung von Amtswegen prüfen. Sonst aber ist kein genügender Grund vorhanden, zu behaupten, daß die Nachweisung der Rechtzeitigkeit stets zur Klagbegründung gehöre, und daß eine solche Frist ipso jure ablaufe, oder daß sie eine Nothfrist im strengsten Sinne des Wortes sei, indem es ja auch noch andere gesetzliche Fristen gibt, bei welchen die Folgen der Versäumniß nicht kraft Gesetzes, sondern nur auf Antrag der Gegenpartei eintreten. Eine Ausnahme läßt sich nur in so fern rechtfertigen, als die Frist im einzelnen Falle aus Gründen des öffentlichen Wohls festgesetzt ist.

R.

Digitized by Google

XVI.

Ueber die Anschließung.

(Keidel gegen Herzer. Fiskus gegen Wintersdorf.)

Der §. 201 der O.G.O. hatte in Uebereinstimmung mit l. 39. C. de app. 7. 42. den Grundsatz aufgestellt, daß der Appellationsrichter selbst von Amtswegen in pejus reformiren d. h. diejenigen Bestimmungen eines Urtheils, welche den Appellaten beschweren, auch ohne dessen Anschließung oder Mitappellation abändern dürfe, mögen nun die den Appellaten beschwerenden Mängel die Hauptsache oder deren Zugehörden betreffen, so lange sie nur einen und denselben Klaggegenstand befassen. Wenn dagegen ein Rechtshandel mehrere Gegenstände gehabt hätte, und nur über einen derselben das Rechtsmittel ergriffen war, so durfte der Richter von Amtswegen nicht auch die Gesetzmäßigkeit eines anderen Klaggegenstandes untersuchen.

Die Praxis des gemeinen Rechts hat, wenn gleich nicht ohne zeitweisen Widerspruch der Theorie (vergl. z. B. Linde's Zeitschrift n. F. IV. B. S. 25 ff.) auch hinsichtlich der oberrichterlichen Thätigkeit den Grundsatz festgehalten, daß dieselbe durch den Antrag der Parteien begrenzt sei, und unsere Pr.-O. hat diesen Grundsatz nach §. 1167 mit aller Strenge durchgeführt.

Wenn also z. B. ein durch Eidesleistung bedingtes Urtheil erlassen ist und nur eine Partei sich dagegen beschwert, so kann an diesem Urtheile keine Aenderung vorgenommen werden, welche der anderen Partei, dem Appellaten, vortheilhaft wäre. Es darf das Urtheil zum Vortheil des Letzteren weder in ein unbedingtes verwandelt, noch dürfen die Bedingungen des Urtheils zum Nachtheil des Appellanten erschwert werden.

Digitized by Google

J. S. Keidel gegen Herzer hatte der Appellationsrichter, nachdem in erster Instanz nur hinsichtlich des Vertragsabschlusses auf Eid erkannt war, und der Kläger Appellant in zweiter Instanz eine unbedingte Verurtheilung des Beklagten verlangt hatte, ohne Adhäsion des letzteren nach einem weitläufigen Beweisverfahren über die Frage: ob der Kläger seiner Seits den Vertrag erfüllt habe, noch einen weiteren Eid über die Vertragserfüllung des Klägers auferlegt. In dritter Instanz wurde jedoch diese dem Urtheil erster Instanz hinzugefügte weitere Bedingung aufgehoben, weil darin eine Abänderung zum Vortheil des Beklagten Appellaten gefunden wurde, dieser aber sich nicht gegen das Urtheil erster Instanz beschwert hatte, was er hätte thun müssen, sofern er aus der Bestreitung der Vertragserfüllung von Seiten des Klägers ein ihm günstigeres Urtheil als das der ersten Instanz ableiten wollte. *).

Rücksichtlich der Bedingungen des Anschließungsrechtes stoßen wir in unserer Praxis häufig auf verschiedene Ansichten

I. darüber, wie die Worte des §. 1166 „jedoch nur über dieselben Streitpunkte" auszulegen und anzuwenden seien, und

II. darüber, ob die Beschwerde des Appellaten ebenfalls einen die Appellationssumme erreichenden Gegenstand betreffen müsse. Man legt

zu I. jene Stelle nicht selten in einer Weise aus, welche dem Anschließungsrecht fast gar keinen Spielraum übrig läßt, indem man die Identität des Streitpunktes mit der Identität des Beschwerdepunktes verwechselt, eine Verwechselung, welche schon durch die herrschende Lehre des gemeinen Rechts entschieden ver-

*) Nach der Ansicht des Instructiv-Votanten kam noch weiter in Betracht, daß der Beklagte die Einwendung des nichterfüllten Vertrages gar nicht gehörig vorgebracht hatte, was der Richter nach der jetzt ziemlich allgemein angenommenen und gewiß richtigen Ansicht abwarten müsse. Civ. Archiv. VII. 18. Puchta Pandecten §. 233. Heffter zu Weber über Beweis S. 239. Bethman Hollweg Versuche. S. 344.

Digitized by Google

worfen worden ist, weil ein Punkt des Urtheils, gegen welchen der Appellant sich beschwere, in den seltensten Fällen zugleich auch den Appellaten beschweren könne und es daher nicht darauf ankomme, was durch die Beschwerde des Appellanten in zweiter Instanz noch streitig sei, sondern darauf, welchen Streitpunkt der ersten Instanz, oder, wie es der §. 201 der O.G.O. sehr richtig ausgedrückt hat, welchen Klaggegenstand die Appellation berühre. Wenn z. B. ein aus demselben Rechtsverhältniß, ex eadem causa petendi fließendes Klagbegehren theilweise verworfen, theilweise zuerkannt ist, und der Kläger gegen die Verwerfung seines Anspruches appellirt, so steht dem Beklagten die Anschließung gegen die theilweise Verurtheilung zu. Ganz gleichgültig ist es hiebei, wie die Urtheilsfassung lautet, ob der Richter sein Urtheil in mehrere Absätze zerlegt oder das Ganze in einem Satze ausgedrückt hat. Nur wenn verschiedene, blos formell konnexe Streitsachen in einem und demselben Urtheile erlediget werden, kann die Appellation gegen die Entscheidung der einen dieser Streitsachen keine Anschließung wegen der Entscheidung einer anderen begründen.

Umständlich und mit vielen Beispielen hat dieses neuerlich wieder erläutert

Arnold im Civ. Archiv 28. B. S. 82 ff.

Man vergleiche ferner

Linde Rechtsmittel II. B. §. 284. u. S. 293.

Schmid Civilprozeß III. B. S. 465 *).

Der bayerische Entwurf von 1827 hatte sich in §. 514 über die Anschließung dahin ausgesprochen, der Appellat könne nur in Ansehung der Punkte, worüber appellirt ist, sich anschließen. Dieses wurde gerügt, weil es nicht auf die Identität

*) Dieser sagt: die Gemeinschaft der Appellation bezieht sich auf den ganzen Inhalt des durch die Appellation angefochtenen Urtheils, es sei denn, daß in demselben Urtheil verschiedene selbstständige, in formeller Connexität stehende Streitsachen entschieden worden sind und die Appellation nur auf eine derselben sich bezog.

Digitized by Google

der Beschwerden ankommen könne, sondern auf die Identität des Klaggegenstandes, auf den sich die Beschwerden beziehen. Aus diesem Grunde hat sodann der Entwurf von 1831 sich dahin ausgedrückt, daß der Appellat über dieselben Streitpunkte beitreten dürfe. Ebenso und in gleichem Sinne sagt Martin §. 276, daß man sich der Adhäsion nur über denselben Streitpunkt bedienen dürfe. Daß nun dieser Ausdruck in unserer Pr.-O. eine andere, engere Bedeutung habe, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen, wenn gleich, wie Linde l. c. S. 293 schon bemerkt hat, die Ausdrucksweise „über denselben Streitpunkt" geeignet ist, Zweifel hervorzurufen, welche hätten vermieden werden sollen, um klar zu erkennen zu geben, daß nur verschiedene Ansprüche eine Verschiedenheit der Streitpunkte begründen und das Erkenntniß in mehrere Theile trennen.

Zu II. ist in diesen Jahrbüchern n. F. IV. B. S. 137 die Ansicht ausgesprochen worden, daß der Gegenstand der Anschließung die Appellationssumme erreichen müsse. Gemeinrechtlich aber wird das Gegentheil angenommen,

Linde Rechtsmittel II. Bd. S. 276,

und dieses ist wohl auch nach unserer Pr.-O. die richtigere Ansicht. Um die Competenz des Oberrichters zu begründen, ist allerdings eine Appellationssumme nothwendig. Wenn aber diese vorhanden, und daher die Competenz einmal in's Leben getreten ist, so wäre nicht einzusehen, warum für eine Adhäsionsbeschwerde wegen desselben Streitpunktes, der bereits zur oberrichterlichen Competenz erwachsen ist, diese Competenz abermals durch das Dasein einer Summe begründet werden müßte. Ueberhaupt ist das Beschwerderecht im Zweifel nicht zu beschränken, sondern zuzulassen, da die Beschränkungen der Appellation wegen der Summe dem strengen Recht entgegenlaufen.

Nach der hier vertheidigten Meinung wurde vom Oberhofgericht II. Senat die Adhäsion i. S. Fiskus gegen Wintersdorf zugelassen, in den Motiven des Urtheils aber eine nähere Begründung der Zulässigkeit umgangen, weil diese von dem Oberappellanten nicht angefochten worden war.

Digitized by Google

Hiebei mag auch noch folgende Frage in Betracht gezogen werden. Der Appellat kann durch das Endurtheil gar nicht, wohl aber durch eine Zwischenverfügung beschwert sein. Der Kläger ist z. B. mit seiner Klage gänzlich abgewiesen, aber im Laufe des Prozesses ist eine Einrede oder ein Beweismittel des Beklagten durch eine besondere Verfügung verworfen worden. Der Beklagte hat hier erst dann eine Veranlassung zur Beschwerde, wenn der Kläger appellirt, und es kann für ihn von Wichtigkeit sein, die Einrede oder das Beweismittel wieder aufzugreifen, wegen dessen Verwerfung nach unserer Pr.-O. im Laufe des Prozesses nicht appellirt werden durfte. Keinem Zweifel ist es unterworfen, daß der Appellat in diesem Falle der Adhäsion sich bedienen darf, aber es ist schon bezweifelt worden, ob er sich der Anschließung bedienen müsse, wenn er seine Vertheidigungsmittel in zweiter Instanz beachtet wissen wolle.

Es würde jedoch der Verhandlungsmaxime offenbar zuwiderlaufen, wenn der Oberrichter von Amtswegen das verworfene Vertheidigungsmittel wieder aufgreifen und die Zwischenverfügung des Unterrichters als nicht ergangen behandeln wollte, nachdem der Beklagte durch Nichtaufstellung einer Beschwerde sich bei der Verwerfung beruhiget hat, und es ist daher eine Beschwerdeaufstellung im Wege der Anschließung nothwendig.

Vergl. Mittermaier Prozeß 3. Heft S. 80.

R.

Digitized by Google

XVII.

Gemeinschaftliche Einfahrten. Aussicht. Verjährung.

(Fontius gegen Becker. Wertheimer gegen Grätz.)

Ganz eigenthümlicher Art ist das Rechtsverhältniß, welches dadurch entsteht, daß mehrere Liegenschaften oder Antheile an Liegenschaften eine gemeinschaftliche Einfahrt haben. Man schwankt zwischen der Anwendung derjenigen Grundsätze, welche vom Eigenthum und Miteigenthum gelten, und zwischen der Beurtheilung dieses Verhältnisses nach dem Servitutenrecht, in welchem ähnliche Erscheinungen bei gemeinschaftlichen Mauern, Gräben u. dergl. vorkommen. Eine klare und scharfsinnige, wenn auch unseres Erachtens im Resultat nicht ganz richtige Erörterung dieser Frage hat

Nüßlin in den Annalen 1846 Nr. 46

geliefert. Nach seiner Meinung, die einem Urtheile des unterrh. Hofgerichts zu Grunde liegt, sollen in allen Beziehungen die Grundsätze vom Miteigenthum maßgebend sein, soweit nicht die Untheilbarkeit derartiger gemeinschaftlicher Plätze Modifikationen mit sich bringt. Insbesondere soll jeder Miteigenthümer die Einfahrt beliebig benutzen können, so lange er durch den Gebrauch nicht das gleiche Gebrauchsrecht der übrigen Miteigenthümer beeinträchtiget. Daraus wurde weiter gefolgert, daß, wenn einer der Theilhaber ein angrenzendes Grundstück erwerbe, für welches die Einfahrt gleichsfalls benutzt werden kann, der Erwerber zu dieser Benutzung berechtiget sei, wenn auch die Einfahrt bisher nicht für jenes Grundstück gedient hat, sofern nur keine Benachtheiligung

Digitized by Google

des Gebrauchs der übrigen Miteigenthümer darin liege. In dem l. c. mitgetheilten Rechtsfalle (Fontius gegen Becker) hatte einer der Miteigenthümer ein nachbarliches Grundstück gekauft, eine Bierbrauerei daselbst errichtet und benutzte sofort die Einfahrt zum Betriebe der Bierbrauerei, indem er mit Fässern, Malz, Frucht u. dgl. hin und herfuhr. Dieses wollte der andere Miteigenthümer nicht dulden, seine hiewegen erhobene Klage wurde jedoch abgewiesen und dieses Urtheil vom Oberhofgericht I. Senat im Wesentlichen aus den gleichen Gründen bestätiget.

Wollte man den hier aufgestellten Gesichtspunkt auch als richtig annehmen, so hätte doch unseres Erachtens in Bezug auf die Gleichheit der Rechte die Frage den Ausschlag geben müssen, ob die gemeinschaftliche Benutzung auch dann noch ohne gegenseitige Störung möglich wäre, wenn der Kläger ebenfalls eine Bierbrauerei errichten und die Einfahrt zu denselben Zwecken benutzen wollte. Denn das Recht, welches man dem Beklagten einräumt, muß man auch dem Kläger zugestehen, und wenn von diesem Gesichtspunkte aus eine gleiche Benutzung für den Einen wie für den Anderen nicht möglich wäre, ohne sich beider Seits Nachtheile zuzufügen, so kann man die Benutzungsart weder dem Einen noch dem Anderen gestatten. Es kann sein, daß der eine Miteigenthümer nach seinen gegenwärtigen Verhältnissen die Einfahrt nur zum Ein und Ausgehen benutzt, und daher in diesem Gebrauche nicht gestört wird, wenn auch der Andere was immer für Etablissements gründet. Allein diese zufälligen Umstände der Gegenwart können offenbar keinen Ausschlag geben, wenn es sich um die, freilich sehr schwierige Bestimmung handelt, wo die Möglichkeit eines gleichen Gebrauchs aufhöre.

Die französischen Juristen bestimmen übrigens den Umfang des Gebrauchsrechts meistens in der Weise, als ob die Einfahrt eine Dienstgerechtigkeit jedes Einzelnen wäre und sie kommen dadurch namentlich auch zu dem Resultate, daß der Gebrauch nicht zum Vortheil anderer Grundstücke oder Liegenschaften, als der ursprünglich berechtigten stattfinden dürfe. Für die Richtigkeit dieses Resultates spricht schon die Betrachtung, daß es bei der

Digitized by Google

entgegengesetzten Meinung nicht verhindert werden könnte, eine Einfahrt, die bisher nur für eine oder zwei geschlossene Hofstätten gedient hat, durch Ankauf und Wiederveräußerung der angrenzenden Grundstücke in kurzer Zeit zu einer öffentlichen Straße umzuwandlen. Die Möglichkeit einer solchen allmählichen Ausdehnung dürfte jedoch der Natur dieses Verhältnisses durchaus widersprechen und eben deßhalb haben die französischen Juristen gefühlt, daß hier andere Grenzen zu bestimmen seien, als diejenigen, welche sich aus der Möglichkeit des Gebrauches ergeben. Gegen die Anwendung der Regeln des Servitutenrechtes wendet man ein, daß dieselbe mit dem Grundsatze „res sua nemini servit" im Widerspruch stehe und daß ein Miteigenthumsrecht keine Servitut sein könne. Allein es handelt sich hier überall nicht davon, das Miteigenthumsrecht für eine Dienstgerechtigkeit zu erklären. Man will blos sagen, daß durch die Natur des bestehenden Verhältnisses der Gebrauch, den jeder einzelne Miteigenthümer machen darf, ähnliche Grenzen habe, wie wenn das Gebrauchsrecht aus einer Grunddienstbarkeit fließen würde. Niemand wird auch zu bestreiten vermögen, daß durch eine Uebereinkunft der einzelnen Miteigenthümer dem Gebrauchsrecht solche Grenzen bestimmt werden können, und daß alsdann keiner der Betheiligten über diese Grenzen hinausgehen darf. Hätten z. B. zwei Nachbarn gemeinschaftlich einen Platz erworben und dabei verabredet, daß derselbe in Zukunft als gemeinschaftliche Einfahrt für ihre beiden Hofstätten eingerichtet und benutzt werden soll, so würde man in dieser Verabredung gewiß auch die negative Bestimmung finden, daß diese Einfahrt für keine anderen, als für die im Vertrage bestimmten Hofstätten zur Einfahrt dienen soll. Es kommt hier nicht blos der Umstand in Betracht, daß durch eine weitere Ausdehnung des Gebrauches die Möglichkeit einer gleichen Benutzung Aller gestört werden könnte, sondern es ist noch eine andere Rücksicht von weit größerem Gewichte. Je mehr Familien oder Hofstätten an der gemeinschaftlichen Einfahrt Theil nehmen, desto mehr Unannehmlichkeiten aller Art sind aus dieser Gemeinschaft zu besorgen. Die Abschließung des Ei-

Digitized by Google

genthums, welche unser Landrecht zum Schutze der tranquillitas familiarum sogar durch mehrere gesetzliche Dienstbarkeiten begünstiget hat, würde dadurch wesentlich beeinträchtiget.

Kann nun auch im einzelnen Falle keine ausdrückliche Verabredung nachgewiesen werden, so ergibt sich doch aus dem bisherigen Zustand der Dinge selbst das gleiche Resultat.

Wir erkennen daraus deutlich die Absicht derjenigen, welche diesen Zustand herbeigeführt haben, und gerade diese Absicht ist es, welche uns als Anhaltspunkt für das Gebrauchsrecht dienen muß. Der Zustand der Dinge lehrt nämlich:

1) daß der fragliche Platz eine Zugehörde einer bestimmten Liegenschaft oder mehrerer bestimmten Liegenschaften sein soll,

2) daß diese Zugehörde die Bestimmung hat, für jene Liegenschaften als Einfahrt zu dienen, daß das Gebrauchsrecht der gemeinschaftlichen Sache hierauf beschränkt, daher jeder andere Gebrauch, der hiemit nicht zu vereinigen ist, ausgeschlossen sein soll.

Es liegt also nicht ein blos zufällig entstandenes Miteigenthum einer Liegenschaft vor, sondern es hat diese Gemeinschaft ebenso wie die gemeinschaftliche Treppe eines nach Stockwerken abgetheilten Hauses einen festbestimmten Zweck, und was diesem Zwecke, nach einem vernünftigen Ermessen und nach Beachtung der ursprünglichen Absicht, entgegen ist, darf von keinem Miteigenthümer unternommen werden, gleichwie bei einem Gesellschaftsverhältniß die einzelnen Theilhaber die Gegenstände der Gesellschaft nur ihrer Bestimmung gemäß gebrauchen dürfen. S. 1859. Abs. 2.

Veränderungen in der Benutzungsweise der ursprünglich zur Einfahrt berechtigten Liegenschaften, sowie auch Vergrößerungen der letzteren, welche nur darin bestehen, daß angrenzender Boden als Zugehörde mit ihnen vereiniget wird, hat auf den Gebrauch der Einfahrt keinen Einfluß, weil man bei der ursprünglichen Bestimmung die Möglichkeit derartiger Veränderungen im Auge haben mußte. Anders aber verhält es sich, wenn fremde selbstständige Hofstätten oder Etablissements, die bisher kein Recht zur Einfahrt hatten, durch den einseitigen Willen des einen Theilhabers zum Gebrauchsrechte zugelassen werden sollen.

Digitized by Google

Es ist die Grenze des Gebrauchs nicht blos in der Möglichkeit eines gleichen Gebrauchs aller Theilhaber, sondern auch noch weiter in der durch die ursprüngliche Bestimmung erkennbaren Absicht (destination fixée par l'usage) zu suchen. Und es gehört hieher nicht blos die Gebrauchs**art**, sondern auch die Zahl der zum Gebrauch zuzulassenden Hofstätten.

Diese Grundsätze sind allerdings denjenigen ähnlich, welche die Gesetze, der Natur der Sache gemäß, für Dienstgerechtigkeiten aufgestellt haben, allein dieses folgt nothwendig daraus, daß das Gebrauchsrecht kraft der Widmung des Platzes auf eine bestimmte Gebrauchsart und auf bestimmte Liegenschaften beschränkt ist, wie eine Dienstgerechtigkeit.

Von der hier entwickelten Ansicht gieng der zweite Senat des Oberhofgerichts in Sachen Wertheimer gegen Engelhardt und Grätz aus. Es kam dabei noch ein weiterer Streitpunkt wegen Verbauens der Aussicht zur Entscheidung, den wir ebenfalls mittheilen werden.

Der Sachverhalt ist folgender:

Christian Grätz, Cyprian Engelhardt (die beiden Beklagten) und Franz Peter besitzen ein Wohnhaus zu reell geschiedenen Theilen. Der ganze untere Stock gehört dem C. Engelhardt und der obere ist zwischen den beiden anderen getheilt. Zu diesem Wohnhause gehören zwei Plätze, über deren Benutzung gestritten wird. Die eine dieser Zugehörden ist ein Theil des Hofraums, der unmittelbar an die hintere Wand des Wohnhauses angränzt und nach einer Urkunde vom Jahr 1817 als zum Hausantheil des Franz Peter gehörig zu betrachten ist. Der andere dieser beiden Plätze ist die gemeinschaftliche Einfahrt von der Hauptstraße her.

Franz Peter hat nun seinen erwähnten Antheil am Hofraume dem angränzenden Hausbesitzer Alex. Wertheimer, dem Kläger verkauft, welcher ihn überbauen will. Er hat ihm dabei ferner ein Recht auf die gemeinschaftliche Einfahrt eingeräumt. Da durch den bezweckten Neubau die Fenster des Hauses, welche auf den verkauften Hofraum hinausgehen, verdunkelt und der Aussicht beraubt würden, und diese Fenster, soweit sie sich am

Digitized by Google

unteren Stock befinden, nicht dem Verkäufer, sondern dem Cypr. Engelhardt gehören, so wird das Recht zum Ueberbau von diesem bestritten und ausserdem von beiden Mittheilhabern des Hauses die Zuläßigkeit der Einräumung des Einfahrtsrechts in Abrede gestellt. Diese beiden vom Kläger verfolgten Ansprüche wurden in den vorderen Instanzen verworfen und zwar

I. das Recht zum Ueberbauen des Hofantheils

1) vom Unterrichter aus dem Grunde, weil es eine rechtliche Folge der Theilung sei, daß Jeder der Theilhaber den bei der Theilung vorhanden gewesenen Zustand der Antheile der Uebrigen achten müsse und nichts vornehmen dürfe, was den durch diesen Zustand bestimmten Gebrauch und Nutzen jener Antheile schmälere. Es wird dieses hauptsächlich aus den Sätzen 701, 702, abgeleitet. Dagegen wurde

2) die Abweisung des Klägers in der zweiten Instanz auf die von den Beklagten vorgebrachte Einrede fundirt, daß die Fenster schon seit undenklichen Zeiten vorhanden seien, und daß dadurch das Recht der Aussicht und folgeweise auch die Verbindlichkeit, dieselbe durch einen Bau nicht zu beeinträchtigen, begründet worden sei.

II. Das dem Kläger von Franz Peter verwilligte Einfahrtsrecht wurde theils wegen Mangels des Beweises theils deswegen verworfen, weil ein einzelner Miteigenthümer eine solche Verwilligung des Mitgebrauchs resp. einer Dienstbarkeit ohne Zustimmung der Uebrigen nicht vornehmen dürfe.

Das Oberhofgericht erkannte abändernd zu Gunsten des Klägers, soweit er das Recht des Ueberbauens in Anspruch nahm, bestätigte aber in Ansehung des verlangten Einfahrtsrechts das hofgerichtliche Urtheil.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Soweit der Oberappellant sich darüber beschwert, daß ihm in den vorderen Instanzen das Recht zum Ueberbauen des von Franz Peter erworbenen Raumes abgesprochen wurde, ist seine Beschwerde begründet. Es ist bewiesen, daß jener Raum ausschließliches Ei=

Digitized by Google

genthum des Franz Peter war, und die Beklagten haben gegen das in der Freiheit der Eigenthumsbenutzung an sich begriffene Recht des Ueberbauens geltend gemacht, daß eine Dienstbarkeit der Aussicht gegen jenen Platz bestehe, allein der Rechtstitel der Verjährung, aus welchem die Erwerbung der Dienstgerechtigkeit ausschließlich abgeleitet wird, ist auf keine Weise gerechtfertiget.

Zu dessen Begründung wäre erforderlich, daß die Fenster, für welche das Recht der Aussicht vindizirt wird, zu einer Zeit angelegt wurden, wo die Wohnung, in welcher sie sich befinden, und der Hofplatz, auf den sie hinausgehen, zwei verschiedene Eigenthümer hatten, und wo außerdem die Anlegung jener Fenster eine gesetzlich untersagte Handlung war, so daß der Nachbar berechtiget gewesen wäre, die Entfernung der Fenster zu verlangen. Auch müßte sofort dieser Zustand dreißig Jahre gedauert haben. Statt dessen ist aber behauptet worden, daß die Fenster schon seit undenklichen Zeiten bestehen, daß sie also schon vor Einführung des Landrechts vorhanden waren, und es wird von den Beklagten selbst als wahrscheinlich angenommen, daß zur Zeit der Anlegung die angeblich herrschenden und dienenden Theile der Hofstätte noch nicht in verschiedenen Händen waren. Eben daraus folgt von selbst die Unmöglichkeit einer Ersitzung. (Dieses wird zunächst aus den oben in Nummer IV. mitgetheilten Gründen nachgewiesen und dann fortgefahren.) Nimmt man nun noch hinzu, daß selbst die weitere Voraussetzung des in verschiedener Hand befindlichen Eigenthumsbesitzes der fraglichen Liegenschaften nicht mit Bestimmtheit behauptet, vielmehr das Gegentheil für wahrscheinlich erklärt wurde, so fehlt es offenbar an den Grundbedingungen der Ersitzung.

Zwar hat der Richter erster Instanz die Verbindlichkeit, fragliche Fenster nicht zu verbauen, aus anderen Gründen herzuleiten gesucht. Seine Ansicht ist jedoch nur in so weit gesetzlich begründet, als die thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtstitels der Widmung zwischen dem Hause auf der einen und dem angränzenden Hofplatze auf der anderen Seite nach Vorschrift des L.R.S. 693 als vorhanden angesehen werden könnten. Allein

Digitized by Google

auch das Dasein dieser Voraussetzungen kann aus den Parteivorträgen nicht mit Bestimmtheit entnommen werden, und da beklagter Seits dieser Titel überall nicht behauptet, vielmehr ein anderer Titel geltend gemacht wurde, dessen thatsächliche Bedingungen mit denen einer Widmung im directen Widerspruche stehen, so wäre es der Verhandlungsmaxime durchaus entgegen, den Titel der Widmung von Amtswegen zu unterstellen und die dazu erforderlichen Thatsachen durch prozeßleitende Verfügungen näher zu erforschen. Die Vertheidigungsweise der Beklagten ist also in Beziehung auf diesen Punkt nicht geeignet, die Klage zu zerstören.*) Dagegen ist die zweite Beschwerde des Oberappellanten, welche das Recht zur Benutzung der gemeinschaftlichen Einfahrt betrifft, nicht begründet.

Es handelt sich hier um den Mitgebrauch eines Platzes, der zwar gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Beklagten und des Franz Peter ist, der aber in Ansehung der den einzelnen Miteigenthümern zustehenden Verfügungsrechte nicht nach den allgemeinen Regeln des Miteigenthums beurtheilt werden kann. Dieses Gemeinschaftsverhältniß hat nämlich einen bestimmten allen Miteigenthümern gemeinschaftlichen Zweck, indem jener Platz nicht nur überhaupt eine Zugehörde der gemeinschaftlichen Hofstätte bildet, sondern als solche die ausschließliche Bestimmung hat, als Einfahrt in die Hofstätte zu dienen. Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer sind auf diesen Gebrauch beschränkt und ihre Verfügungsgewalt muß mit Rücksicht auf dieses besondere Verhältniß beurtheilt werden, d. h. es darf keiner derselben eine Verfügung treffen, die mit der ursprünglichen Absicht der Widmung dieses Platzes im Widerspruche steht, denn jeder spätere Miteigenthümer der Hofstätte hat durch die Eingehung oder Fortsetzung der bestehenden Gemeinschaft nur diejenigen Befugnisse erworben,

---

*) Es ist auffallend, daß von beklagter Seite nicht der Titel der Widmung geltend zu machen und thatsächlich zu begründen versucht wurde. Wahrscheinlich hätte dieser Titel einen bessern Erfolg gehabt.


Digitized by Google

welche mit dem gemeinschaftlichen Zwecke und der ursprünglichen Absicht vereinbar sind. Hiernach kann es aber keinem Miteigenthümer gestattet sein, dem Besitzer einer angränzenden Hofstätte einseitig den Mitgebrauch einzuräumen, denn der Gebrauch würde dadurch über die Gränzen ausgedehnt, welche sich aus der ursprünglichen und bisherigen Bestimmung ergeben, indem der Platz nur für die zwischen den Beklagten und dem Franz Peter gemeinschaftliche Hofstätte, für ihre gegenwärtigen und etwa in Zukunft damit vereinigt werdenden Zugehörden, aber für keine anderen selbstständigen Hofstätten als Einfahrt dienen sollte. Zwar hat der Kläger von Franz Peter einen Raum erworben, der bisher eine Zugehörde eben dieser Hofstätte war und dem als solchem auch die gemeinschaftliche Einfahrt zu Statten kam. Erwägt man jedoch, daß dieser Platz, der sich nach seinem äußerst geringen Umfange zu keiner selbstständigen Bestimmung eignet, für die Zukunft offenbar eine Zugehörde der Hofstätte des Klägers bilden und insbesondere mit seiner daran stoßenden Scheuer vereiniget werden soll, daß er also aus dem Verbande des Ganzen, für welches die Einfahrt besteht, heraustritt, daß er ein Theil einer anderen Hofstätte wird, und somit die Einfahrt der Beklagten nicht etwa blos für diesen kleinen Raum benutzt, sondern eine Einfahrt für die nachbarliche Hofstätte werden soll, so kann man der einseitigen Bewilligung des Franz Peter nicht die dem ursprünglichen Zwecke widersprechende Folge geben, daß der Kläger auch ohne Zustimmung der übrigen Theilhaber ein Recht zur Einfahrt für seine Hofstätte erwerbe, sondern er kann sich nur der zu seiner eigenen Hofstätte gehörigen Einfahrt bedienen. Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 170 der Pr.=O. wurde wie geschehen erkannt.

R.

Digitized by Google

XVIII.

Auslegung des §. 841 der Prozeßordnung.

(Dürr gegen Melcher. Zivi gegen Muchenberger.)

Der §. 841 der Pr.=O. sagt:

„Vor endlicher Vertheilung der Gantmasse, und während des Gantverfahrens, verfügt der Richter die Zahlung gehörig richtig gestellter Forderungen an einzelne Gläubiger alsdann, wenn es vollkommen gewiß, oder wenigstens wahrscheinlich ist, daß der Gläubiger gemäß der gesetzlichen Rangordnung aus der Masse diese Zahlung erhalten werde."

Es ist nun schon in mehreren Fällen, wo ein Gläubiger eine solche Zahlung begehrt und der Gantrichter diesem Begehren nicht entsprochen hatte, das Rechtsmittel der Berufung an das Hofgericht und von dessen Erkenntniß an das Oberhofgericht ergriffen und von den Gerichtshöfen sofort geprüft worden, ob die Voraussetzungen des §. 841 der Pr.=O. vorhanden, somit die Zahlungen zu bewilligen seien oder nicht.

Hierdurch wurden die Ganten Jahrelang in ihrer Erledigung aufgehalten, so daß der Gläubiger selbst im Falle seines Sieges in dritter Instanz allen Umständen nach früher zu seiner Zahlung gelangt wäre, wenn er, statt zu appelliren, den Vertheilungsbescheid ruhig abgewartet hätte.

Welche Verschleppungen auf diese Weise veranlaßt werden können, haben die oben angeführten an das Oberhofgericht gelangten Prozesse klar bewiesen. In dem ersteren dauerte z. B. der Streit über die Vorauszahlung drei Jahre.

In der zweiten Sache wurde die Zuläßigkeit der Appellation

Digitized by Google

von der Minorität (im I. Senat) bestritten, von der Majorität aber angenommen und in den Entscheidungsgründen darüber gesagt:

Wenn auch anerkannt wird, daß §. 841 der Pr.=O. dem Gantgläubiger unter gewissen Voraussetzungen das nicht unbedeutende Recht gibt, die Zahlung seiner Forderung aus der Masse auch schon vor der endlichen Vertheilung dieser zu verlangen, um dadurch die alsbaldige durch die Gänt sistirte Verfügungsgewalt über einen ihm gehörigen Vermögenstheil zu erhalten, und wenn hiernach auch zugegeben werden muß, daß in vorliegendem Falle, wo ein derartiges Recht dem Liquidanten Zivi durch die Urtheile der vorderen Instanzen zur Zeit aberkannt worden ist, das Rechtsmittel der Berufung, beziehungsweise Oberberufung nach §. 1172 der Pr.=O. an sich, d. h. formell zuläßig ist, — so ist dieses Rechtsmittel doch in materieller Hinsicht rechtlich nicht begründet u. s. w.

Anmerkung.

Es wäre mit einer vernünftigen Prozeßgesetzgebung schwer zu vereinigen, wenn sie den Gläubigern neben der Anmeldungsklage ihrer Forderungen behufs der Befriedigung derselben aus dem Confurse, unter gewissen Voraussetzungen noch eine weitere Klage auf alsbaldige Bezahlung vor Erledigung der Gant einräumen würde. Die oben angeführten Beispiele liefern für diese Behauptung so deutliche Beweise, daß eine weitere Rechtfertigung derselben ganz überflüssig erscheinen dürfte. Eben dieser Umstand nöthiget aber von selbst zu einer reiflichen Erwägung der Frage, ob der §. 841 der Pr.=O. in der That ein derartiges Klagerecht und Rechtsmittel wegen dessen Verwerfung oder Zuerkennung einräume. Für das vorhin erwähnte verneinende Votum sprechen folgende Gründe:

Man muß vor allen Dingen die eigenthümliche Natur des Gantverfahrens im Auge behalten. Gegenstand desselben sind zwar nur Justizsachen, jedoch nicht blos Civilprozeßsachen, sondern auch Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, indem das Gericht sich nicht allein mit Entscheidung der dabei entstehen-

Digitized by Google

den Rechtsstreitigkeiten, sondern auch mit Regulirung der Activmasse, deren Erhaltung und Vermehrung und deßhalb auch mit den damit zusammenhängenden Administrations- und Rechnungssachen befaßt.

Linde Civilprozeß §. 426.

Der Umstand, daß Handlungen, welche ihrer Natur nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, mit dem Gange des eigentlichen Streitverfahrens in Verbindung stehen, ändert die rechtliche Eigenschaft der einen oder andern Thätigkeit in keiner Weise, weder nach dem gemeinen noch nach unserem, jenem nachgebildeten Gantprozesse. Die Anordnungen, welche die Pr.-O. über die zweckmäßige Verwendung der disponiblen Massegelder vorschreibt, sind keine prozeßrechtlichen Bestimmungen, welche Rechte und Pflichten der Parteien begründen, sondern es sind nur Weisungen für das Gantgericht in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde über die Verwaltung der Activmasse. Ganz in diesem Sinne lautet auch die Wortfassung des §. 841, denn von einem Rechte der Gläubiger ist darin gar nicht die Rede. Seine Verfügung ist überdieß keine eigene Schöpfung, sondern gleichfalls aus dem gemeinen Prozesse hergenommen. Eine zweckmäßige Verwaltung des Massevermögens im Interesse sämmtlicher Gläubiger verlangt nämlich, daß der Massepfleger baare Gelder nicht müßig liegen lasse, und es ist die Aufbewahrung und fernere Verwaltung solcher Gelder ohnehin eine Last für die Administration. Aus diesem Grunde nun hat man es von jeher für zweckmäßig erachtet:

„Baarschaften zinstragend anzulegen oder mit Bewilligung „des Gerichts zu Abschlagszahlungen oder Vorauszahlungen an „diejenigen Gläubiger zu verwenden, an welche eine solche Zah-„lung mit Sicherheit und mit Vortheil für die Masse (z. B. „zur Ersparung der Zinsen) geschehen kann.“

Schmid Civilprozeß III. Bd. S. 243.

Bayer Conkursprozeß S. 126.

Man hatte also den Vortheil der Gantmasse und nicht den des Gläubigers vor Augen. Zwar kann es allerdings

Digitized by Google

auch für einen Gläubiger wünschenswerth sein, eine Vorauszahlung zu erhalten, und es steht ihm frei, darauf hinzuwirken, daß ihm eine solche geleistet werde, allein daraus folgt noch lange nicht, daß ihm ein Recht abgesprochen wird, wenn das Gantgericht es nicht für zweckmäßig erachtet, auf seinen Wunsch einzugehen. Wir sind hier lediglich im Gebiete administrativer Maßregeln im Interesse der Gantmasse und in diesem Gebiete kommt es gar häufig vor, daß eine der Verwaltungsbehörde zustehende Anordnung für Einzelne sehr erwünscht sein mag, ohne daß denselben durch Unterlassung der Anordnung ein wohlerworbenes Recht gekränkt wird, selbst wenn es wirklich geeignet wäre, die dem Ermessen anheimgegebene Maßregel auszuführen.

Bei der Abfassung des §. 841 der Pr.=O. hat man gewiß keine anderen Gründe gehabt, als diejenigen, aus welchen von jeher dieselbe Verfügung, jedoch nur als eine Weisung für das Gantgericht in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde über die Masseverwaltung bestanden hat. Unsere Pr.=O. enthält überhaupt nur zu viele Bestimmungen, die lediglich instructiver Natur sind und strenge genommen nicht in ein Gesetzbuch gehören.

Ist aber anders dieser Gesichtspunkt der richtige, so kann von einem Klagerecht eines Gläubigers auf Vorauszahlung eben so wenig die Rede sein, als von Rechtsmitteln wegen Nichtbewilligung derselben. Rechtsmittel finden bekanntlich nur gegen solche Verfügungen statt, welche der Richter in dieser seiner Eigenschaft d. h. als entscheidende Behörde über ein streitiges Rechtsverhältniß erläßt, nicht aber gegen Verfügungen, welche in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören.

R.

Digitized by Google

XIX.

Identität des Klaggrundes.

(Oberdorf gegen Fiskus.)

Die Gemeinde Oberdorf hatte eine Klage auf Anerkennung einer Holzberechtigung gegen den Gr. Fiskus erhoben und wurde damit in I. Instanz abgewiesen. Statt zu appelliren, erhob sie eine zweite Klage auf denselben Gegenstand und dieser Klage wurde die Einrede der entschiedenen Sache entgegengesetzt. Bei der Beurtheilung dieser Einrede kam es hauptsächlich darauf an, ob derselbe Klaggrund vorhanden sei. Die Gemeinde hatte den Erwerb des angesprochenen Rechts in der ersten Klage auf Verjährung gestützt und namentlich geltend gemacht, daß die von ihr behauptete unfürdenkliche Verjährung schon vor 1810 vollendet gewesen sei, der Besitzstand übrigens bis 1838 fortgedauert habe. In der zweiten Klage wurde ebenfalls der Erwerb durch Verjährung behauptet, dabei aber geltend gemacht, daß die Ersitzung bis zum Erscheinen des Forstgesetzes fortgelaufen und im Jahr 1834 vollendet worden sei. Das Hofgericht des Mittelrheinkreises sah die Einrede der entschiedenen Sache nicht als begründet an und erkannte nach gepflogenen Verhandlungen zu Gunsten der klagenden Gemeinde. Bei dem Oberhofgericht aber wurde die Klägerin wegen eben dieser Einrede abgewiesen, theils weil man darin, daß die neue Klage den Besitzstand von 1810 bis 1834 zu dem früheren hinzuzurechnen suchte, keinen neuen Klaggrund erblickte, theils weil schon in der früheren Klage von einem bis 1838 fortgesetzten Besitzstand die Rede gewesen war.

Digitized by Google

Anmerkung.

Hinsichtlich des ersteren Grundes kam es hauptsächlich auf den richtigen Begriff des Klaggrundes und dessen Unterscheidung von der Geschichtserzählung an und es waren nicht alle Votanten der Meinung, daß ungeachtet der in der zweiten Klage hinzugerechneten Zeit von 1810—1834 der Klaggrund derselbe geblieben sei.

Für die Richtigkeit der angenommenen Identität des Klaggrundes ist im Wesentlichen geltend gemacht worden: Der Begriff des thatsächlichen Klaggrundes, dessen richtige Auffassung in gar vielen Beziehungen, so namentlich auch für den Unterschied zwischen Abänderung und Verbesserung der Klage von großer Wichtigkeit ist, darf nicht als eines und dasselbe mit der Geschichtserzählung betrachtet werden. Letztere liefert die einzelnen Begebenheiten, welche zusammengenommen einen Klaggrund bilden sollen, indem man daraus den Titel der Rechte und Verbindlichkeiten, die in Anspruch genommen werden, ableitet und individualisirt. Der Begriff der causa actionis bestand schon längst, ehe vorgeschrieben wurde, daß in der Klage eine umständliche Geschichtserzählung vorzubringen sei, und durch dieses formelle Erforderniß einer Klagschrift hat sich der Begriff des Klaggrundes durchaus nicht verändert. Er bleibt auch stets derselbe, es mag sich um eine mutatio libelli oder um die exceptio rei judicatae handeln. Man sagt ja deßwegen, daß eine Klagänderung nur dann vorliege, wenn das neue Vorbringen, falls die frühere Klage als abgewiesen gedacht wird, von der exceptio rei judicatae nicht umfaßt würde, während im umgekehrten Falle das Vorbringen nur eine Verbesserung oder Ergänzung enthalte.

Bayer Klagänderung §. 27.

Wir sehen auch aus den Bestimmungen unserer Prozeßordnung, (§. 344 ff.) daß eine Veränderung der Geschichtserzählung nicht nothwendig eine Veränderung des Klaggrundes in sich schließt, daß vielmehr gerade zwischen einer Aenderung der Geschichtserzählung mit und ohne daraus folgender Veränderung des

Digitized by Google

Klagrundes unterschieden werden soll. Die Geschichtserzählung enthält zwar den Klaggrund d. h. es werden in ihm die Thatsachen, durch welche die Klage in factischer Beziehung begründet werden soll, an= und ausgeführt, aber die Geschichtserzählung ist darum nicht eines und dasselbe mit dem Klaggrund,

Wächter Privatrecht II. B. S. 409,

sondern der letztere ist das juristische Begriffsganze der Geschichtserzählung, der individuelle Character des Erwerbs= oder Entstehungsgrundes eines Rechts und einer Verbindlichkeit, z. B. Ersitzung, Kauf, Miethe u. dgl., deren Dasein mehr oder weniger einzelne Ereignisse und Handlungen voraussetzt.

Unsere Pr.=O. verlangt in §. 721 für Zahlungsbefehle nur die Angabe des Sachverhältnisses, aus welchem die Forderung entsprungen sein soll, und meint damit nichts anderes als die allgemeine Angabe des thatsächlichen Klaggrundes, ohne die für eine förmliche Klage vorgeschriebene Geschichtserzählung. Zwei völlig gleiche Geschichtserzählungen müssen natürlich auch denselben Klaggrund formiren. Dagegen ist eine Vermehrung oder Veränderung der Thatsachen, welche in der Geschichtserzählung einer Klage vorgetragen wurden, nur dann eine Veränderung des Klaggrundes, wenn sich daraus eine andere causa oder eine zweite causa zu der bisherigen ergibt, indem man einen Anspruch auch auf mehrere Gründe stützen kann. In eben diesem Sinn sagt man in Frankreich, wo die Klage l'exposé sommaire des moyens enthalten muß: Fonder une seconde demande sur un moyen nouveau, ce n'est pas la fonder sur une cause nouvelle.

Gilbert ad art. 1351.

Will man die Identität zweier Klagen untersuchen, so darf man nicht, wie zuweilen geschieht, die Summe der in beiden Geschichtserzählungen vorgetragenen Thatsachen gegen einander halten und so die Identität der causa quantitativ abmessen, abzählen oder abwägen. Auch kommt es nicht darauf an, ob die causa in der Klage juristisch benannt ist und wie? weil wir überhaupt nicht nöthig haben, der Klage einen bestimmten Namen zu geben, sondern darauf kommt es an, ob aus den vor=

Digitized by Google

getragenen Thatsachen derselbe Rechtstitel folgt, wobei natürlich nicht zu übersehen ist, daß zwei faktisch verschiedene, durch Raum oder Zeit getrennte Begebenheiten zwei sich ähnliche Klaggründe, zwei Darlehen u. dgl. formiren können, welche als eine Mehrheit ähnlicher Rechtsverhältnisse neben einander bestehen.

Wenn also der §. 247 der Pr.-O. verlangt, daß die Thatsachen, welche den Ansprüchen des Klägers zum Grunde liegen, vollständig und deutlich angeführt werden, so verlangt er nichts anderes als eine vollständige und deutliche Geschichtserzählung. Die §§. 345 ff. 1221 Abs. 5. dagegen handeln von dem thatsächlichen Klaggrund in seiner bisher entwickelten Bedeutung, von der causa actionis nach der römischen Bezeichnung. Im vorliegenden Falle war hiernach der Klaggrund die erwerbende Verjährung und die Geschichtserzählung war die Anführung des Geschehenseins der einzelnen Thatsachen, welche für eine Verjährung nothwendig sind, und wenn in der späteren Klage dem Besitzstande noch einige weitere Jahre beigeschlagen worden sind, so war dieses eine emendatio nicht aber eine mutatio libelli.

Umständliche Ausführungen über die einzelnen Bestandtheile der Klage mit subtilen Meinungsverschiedenheiten findet man in

Sintenis Erläuterungen S. 228.

Brackenhöft Erörterungen S. 133. 406.

R.

Digitized by Google

XX.

Rei Vindicatio. Actio in rem scripta.

(Eggs gegen Spital Offenburg.)

Diese beiden Klagen*) haben das mit einander gemein, daß sie gegen den dritten Besitzer einer Sache, mit dem man dieserwegen in keinen directen Vertragsverhältnissen steht, gerichtet werden und man begreift sie deßhalb häufig unter dem gemeinschaftlichen Namen „Vindikationen" **). Demohngeachtet sind sie für wesentlich verschiedene Verhältnisse des Klägers zu dem Beklagten gegeben, und sie unterscheiden sich namentlich in Ansehung ihres Grundes. Die Behauptung „ich bin Eigenthümer" und die Untersuchung, ob der Kläger zur Zeit der Streiteinlassung wirklich Eigenthümer war, macht das Wesen der Rei vindicatio und des Vindikationsprozesses aus. Kann jene Behauptung nicht dargethan werden, so muß die Abweisung des

*) Eine genaue Unterscheidung der Klagen ist nichts anderes, als eine klare und scharfe Auffassung der Natur und Wirkungen der Rechtsverhältnisse, welche klagend verfolgt und abgeurtheilt werden sollen. Wenn wir also auch der Nothwendigkeit überhoben sind, der Klage einen bestimmten Namen zu geben und eine unrichtige Bezeichnung nichts schadet; so sind wir zwar einer Form überhoben, allein die Nothwendigkeit eines klaren Bewußtseins, um welche Klage es sich handelt, bleibt stetshin unerläßlich, wenn nicht Verwirrung und Prinziplosigkeit in der Führung, Leitung und Aburtheilung der Prozesse herrschen soll, weßhalb auch

v. Savigny röm. R. V. B. S. 149.
v. Wächter Privatrecht II. B. S. 447.

das Festhalten an der Unterscheidung der Klagen dringend empfehlen.

**) Der Code civil gebraucht den Ausdruck „revendication und revendiquer" in sehr verschiedenartigen Fällen, wie z. B. der Urtext des Art. 2102. 1. u. 4. zeigt.

Digitized by Google

Klägers erfolgen. Bei der anderen Klage, welche nach franz. Recht ein viel weiteres Gebiet hat, als nach dem gemeinen Recht, will der Kläger dadurch wieder Eigenthümer werden, daß er die Auflösung oder Umstoßung eines Rechtsgeschäfts begehrt, wodurch er das Eigenthum auf einen Anderen wirklich übertragen hat und vermöge dessen der Erwerber der Sache in so lange Eigenthümer bleibt, als das Rechtsgeschäft nicht beseitiget ist.

Anfechtbare oder mit richterlicher Hilfe wieder auflösbare Vertragsverhältnisse — im Gegensatz von dem absolut nichtigen oder in der Folge kraft Gesetzes aufgelösten Vertrage — machen den Grund der actio in rem scripta aus, soweit das Gesetz in derartigen Fällen überhaupt gestattet, daß die Verbindlichkeit zur Rückgabe auch auf den dritten Besitzer übergeht. Man vergleiche z. B. die Sätze 1183, 1184, 1304, 956 — 963, 1831 bk des Landrechts. *)

Wenn nun z. B. derjenige, der einen Vertrag wegen Irrthum, Zwang, und dergl. anfechten oder wegen Nichterfüllung dessen Auflösung begehren kann, statt dessen geradezu die Eigenthumsklage anstellen würde, so stünde ihm die Einrede aus dem Vertrag entgegen, daß er nicht mehr Eigenthümer sei, und er müßte abgewiesen werden. Zwar ist schon behauptet worden, daß die Thatsachen, welche eine Auflösung oder Umstoßung des einredend vorgeführten Vertrages begründen, sofort im Wege der Replik vorgebracht werden können, allein diese Behauptung muß durchaus verworfen werden. Wäre dieselbe richtig, so bliebe rein unbegreiflich, warum je ein Unterschied zwischen beiden Klagen gemacht worden ist. Die actio in rem scripta wäre nichts anderes als eine Rei vindicatio mit antizipirter Replik, und man müßte die Erhebung einer solchen Klage für einen Mißgriff erklären, weil es unklug ist, Repliken in die Klage zu

---

*) Ueber die Unterscheidung zwischen judicium rescindens und rescissorium und die Vereinigung beider in einer Klage gegen den Besitzer vergl.
Zachariä I. §. 181. 196. III. §. 356.
Puchta Pandekten §. 105.

Digitized by Google

mischen. Allein diese sogenannte Replik ist in Wahrheit nichts anderes, als eine vollständige Klagänderung, denn in dem Augenblick, wo die Existenz des Vertrages eingeräumt wird, erklärt der Kläger eben dadurch, daß seine Klage eine Unwahrheit enthalte. Er sagt mit andern Worten: ich muß zugeben, daß ich zur Zeit nicht Eigenthümer bin, daß vielmehr der Beklagte es ist, allein ich habe das Recht, den Titel des Beklagten aufheben zu lassen, und dadurch wieder Eigenthümer zu werden. Wie ist nun eine Replik denkbar, welche den Inhalt der Klage vernichtet! Es wird also wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Eigenthumsklage verworfen, und dem Kläger überlassen werden muß, eine andere Klage anzustellen *).

Auch bei der Vindikation des Obereigenthums in Erbbestandsverhältnissen sind diese beiden Klagen wohl von einander zu unterscheiden, je nachdem das Erbbestandsverhältniß kraft Gesetzes wieder aufgelöst ist (eigentlicher Heimfall) oder der Obereigenthümer die Auflösung wegen vertragswidriger Handlungen des Erbbeständers beim Richter nachsuchen kann. S. 1831 bk.

Mittermaier deutsches Privatrecht §. 500.
Eichhorn deutsches Privatrecht §. 263.
Lehensedikt §. 54.

Wenn z. B. das Erbbestandsgut auf unbefugte Weise veräußert worden ist, so begründet diese Thatsache eine Klage auf Auflösung des Erbbestandsverhältnisses (nicht auf Auflösung des unbefugten Verkaufes, denn dieser fällt mit der Auflösung des Erbbestandsvertrages), aber die Erhebung einer neuen Vindikation gegen den dritten Besitzer wäre ein Mißgriff, eine Verwechselung zwischen dem kraft Gesetzes erfolgten und durch richterliche Hilfe erst zu bewirkenden Heimfall **).

---

*) Eben deßhalb ist es unnütz, darüber zu streiten, ob die Erlöschung des Satzes 1304 auch auf Repliken anwendbar sei.

**) Wichtig ist die Unterscheidung beider Fälle namentlich auch darum, weil nach Satz 1831 bk a. E. bei dem einen richterliche Nachsicht eintreten kann, nicht aber bei dem anderen.

Digitized by Google

In obiger Sache kamen diese Fragen in einer ganz eigenen Gestalt vor. Der Obereigenthümer hatte sich eigenmächtig in den Besitz des Erbbestandsgutes gesetzt, und der Successionsberechtigte vindizirte sein Nutzeigenthum, wie er dieses auch gegen den Lehnsherrn thun kann.

Weber Lehenrecht IV. S. 357.

Unter anderen Einwendungen brachte der Beklagte auch solche vor, die ihn jedenfalls nur berechtiget hätten, auf Heimfall zu klagen. Auf den ersten Anblick konnte es nun scheinen, daß der Beklagte mit diesen Einreden zu hören sei, weil alle Klagrechte auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden können, allein das Oberhofgericht II. Senat hat diese Einrede als hier unzulässig verworfen und den Beklagten zur Herausgabe verurtheilt, indem man von folgenden Gründen ausgieng.

Wenn auch jede Klage im Wege der Einrede geltend gemacht werden könne, so müsse doch jedenfalls die also vorgebrachte Einrede begründet d. h. geeignet sein, das Klagerecht als nicht vorhanden darzustellen. Letzteres bestehe darin, daß der Kläger Nutzeigenthümer sei, und daß ihm deßhalb auch der Besitz der Sache gebühre. Das gegenwärtige Dasein des Nutzeigenthums auf Seiten des Klägers sei auch bewiesen und könne durch die Behauptung des Beklagten, daß er ein Recht habe, das Erbbestandsverhältniß auflösen zu lassen, keineswegs als nicht vorhanden dargestellt und beseitiget werden, vielmehr setze diese Behauptung jenes Dasein nothwendig voraus. Die Folge davon sei das Recht des Klägers auf Besitz und Genuß, so lange die Auflösung nicht erfolgt sei, und die eigenmächtige Besitzergreifung des Beklagten, also eine unerlaubte Handlung, könne dieses Recht beziehungsweise die Verbindlichkeit zur Ueberlassung des Besitzes unmöglich zerstören und dem Beklagten Vortheile gewähren.

R.

Digitized by Google

XXI.

Unterpfandsrecht auf Zugehörden.

(Bosch gegen Barrel.)

Barrel hatte seinem Gläubiger Bosch das Wohn- und Wirthschaftshaus zum Steinbock nebst dazu gehörigem Oekonomie- und Brauereigebäude zum Unterpfand gegeben, die Unterpfänder nebst deren Zugehörden aber vor Ausbruch der nachher gegen ihn erkannten Gant an Sterk verkauft, und es war in der Kaufurkunde ein besonderer Preis für die Liegenschaften und ein besonderer Preis für die dazu gehörigen Fahrnisse bestimmt worden. Der Erlös, soweit er noch ausstand, wurde zur Gantmasse gezogen und den Gläubigern dritter Ordnung zuerkannt. Es entstand jedoch nachher ein Streit darüber, ob der Erlös aus den verkauften Fahrnißgegenständen ebenfalls darunter begriffen sei, und den Unterpfandsgläubigern oder den Gläubigern fünfter Ordnung gebühre. In den beiden ersten Instanzen wurde angenommen, das Unterpfandsrecht umfasse zwar kraft Gesetzes allerdings auch die Fahrnisse, welche nach den Sätzen 524 ff. 535 a als Zugehörden erscheinen, allein hier habe durch die Festsetzung eines besonderen Preises für die Zugehörden eine Trennung derselben von der Hauptsache im Sinne des Satzes 2114 a stattgefunden und es sei dadurch das Unterpfandsrecht auf die Zugehörden erloschen. Bei dem Oberhofgericht (II. Senat) wurden jedoch diese Erkenntnisse theils mit Rücksicht auf eine in der Mitte liegende rechtskräftige Erläuterung des Ganturtheils theils aus folgenden Gründen zum Vortheil der Gläubiger dritter Ordnung abgeändert.

Digitized by Google

Die Eigenschaft als Zugehörde entsteht durch die Thatsache, daß Fahrnisse zur Bewirthschaftung und Benützung eines Gebäudes in dieses verbracht werden; es kann also diese Eigenschaft nur durch die entgegengesetzte Thatsache d. h. durch Aufhebung des faktischen Zustandes, aus dem jene Eigenschaft entspringt, aufhören, insbesondere dadurch, daß die Fahrnisse aus dem Gebäude weggeschafft, oder zu einem anderen als dem bisherigen Zwecke gewidmet worden. Eine solche Veränderung des Zustandes der Widmung kann aber in der Festsetzung eines besonderen Preises nicht gefunden werden. Es ergibt sich vielmehr aus dem Gesammtverkauf in eine Hand behufs der Fortsetzung des bisherigen Gewerbes gerade die entgegengesetzte Absicht beider Parteien, nämlich: die bisherige Bestimmung und Gebrauchsart der Fahrnisse fortdauern zu lassen, so daß das Unterpfandsrecht selbst dem dritten Besitzer gegenüber sich fortan auf die Zugehörden erstreckt hätte.

Wären aber auch die Fahrnisse durch den Verkauf in dritte Hand aus ihrer bisherigen Verbindung mit der Liegenschaft herausgetreten, so würde daraus nur folgen, daß das Unterpfandsrecht auf jene Gegenstände wider den dritten Besitzer nicht weiter geltend gemacht werden könnte, keineswegs aber, daß der an die Stelle der Unterpfänder getretene Erlös nicht denjenigen Gläubigern gebühre, die zur Zeit der Veräußerung ein Unterpfandsrecht auf die verkauften Gegenstände hatten, denn das Vorrecht auf den Erlös ist nicht nothwendig durch die Möglichkeit einer Pfandklage gegen den dritten Besitzer bedingt, (vergl. Satz 2198, Troplong des hypothèques ad art. 2119.) vielmehr muß die Veräußerung des Gemeinschuldners, nachdem die Gantmasse dieselbe gleichsam zu der ihrigen gemacht hat, hinsichtlich der Vertheilung des Erlöses gerade so behandelt werden, als wenn die Gantmasse selbst jene Veräußerung vorgenommen hätte, wie dieses auch in einer Entscheidung des Cassationshofes (Sirey tom. 17. p. 360.) in einem ähnlichen Falle hinsichtlich des Erlöses der vor dem Gerichtszugriff verkauften Zugehörden einer Bierbrauerei angenommen worden ist. R.

Digitized by Google

XXII.

Ueber die Sätze 976, 976a. Versieglung des geh. Testaments.

(Geiger gegen Clausman.)

Der Zusatz 976 a sollte für die Erhaltung der Aechtheit des geheimen Testamentes eine weitere Sicherheit gewähren. Wegen Nichtachtung der dort vorgeschriebenen Form sind wohl aber schon mehr ächte Testamente für ungültig erklärt, als Verfälschungen durch die Einhaltung derselben verhütet worden. In den bisher veröffentlichten Fällen war meistens die von dem Staatsschreiber vorzunehmende Besieglung gar nicht oder in nicht gehöriger Form geschehen und daraus eine Nichtigkeit abgeleitet worden.

Der vorliegende Fall ist anderer Art.

Das als nichtig angefochtene geh. Testament wurde nach seiner Aufschriftsurkunde verschlossen und versiegelt dem Amtsrevisor vor 6 Zeugen übergeben, indem der Erblasser erklärte, daß in diesem Briefe sein letzter Wille enthalten sei, den ein Anderer geschrieben, er aber gelesen und unterschrieben habe. Auf die Rückseite dieses Briefes schrieb der Amtsrevisor:

Testament des Altochsenwirths Joseph Grießhaber in Mühlenbach vom 7. Aug. 1841,

umhüllte denselben mit einem weiteren Umschlag, versiegelte diesen zweifach mit seinem Dienstsiegel und fertigte sodann auf dessen Rückseite die Aufschriftsurkunde, welche über dieses Verfahren folgende Worte enthält:

Hierauf (nämlich nach der Uebergabe) habe ich der Amtsrevisor das fragliche Testament in Gegenwart des Testators und der Zeugen in den gegenwärtigen Papierumschlag eingelegt, denselben verschlossen und mit dem Dienstsiegel an zwei Orten versiegelt, sofort, nachdem der Testator erklärt hatte, daß das in seiner und der Zeugen Gegenwart in diesen versiegelten Umschlag gebrachte Papier sein letzter Wille sei, diese Urkunde auf den Umschlag geschrieben u. s. w. Dieses Testament wurde deßwegen als nichtig angefochten, weil der Umschlag nur mit dem Dienstsiegel des Staatsschreibers, aber nicht außerdem noch mit einem anderen Siegel besiegelt worden sei. Der Richter erster Instanz hielt die Klage nicht für begründet, wohl aber das Hofgericht, während das Oberhofgericht den Nichtigkeitsgrund ebenfalls verworfen hat. Die

Entscheidungsgründe des Hofgerichts

sind folgende:

Die Klage ist begründet, da die Versiegelung den Vorschriften der L.R.S. 976, 976 a nicht entspricht und darum zufolge L.R.S. 1001 die Testamentsnichtigkeit bewirkt. Die Versiegelung eines geheimen Testamentes überhaupt ist nämlich, abgesehen von dem weiteren Zweck der Geheimhaltung des letzten Willens, darum vorgeschrieben, damit keine Verwechselung damit vorgenommen werden kann, und es ist die Versiegelung wenigstens in dem hier vorliegenden Fall, da die Aufschriftsurkunde nicht auf die Rückseite des Testaments selbst, sondern auf einen Umschlag gesetzt ist, zu diesem Zwecke durchaus nothwendig, indem sie die einzige Verbindung der Aufschriftsurkunde und des Testaments selbst zu der nöthigen Einheit bildet. Dieß findet aber nur statt, wenn das Siegel sich auf dem die Aufschriftsurkunde tragenden Umschlag selbst befindet, wogegen die bloße Versiegelung des inneliegenden Testaments die Unterschiebung eines anderen letzten Willens überall nicht, und, abgesehen vorerst von einer zweiten Versiegelung mit dem Notariatssiegel, um so weniger zu verhindern vermöchte, als das Privatsiegel nicht gerade das des Erblassers zu sein und in der Aufschriftsurkunde gar nicht beschrieben zu werden

Digitized by Google

brauchte. Daß das (Privat-) Siegel auf demselben Umschlag, welcher die Aufschriftsurkunde trägt, angebracht sei, setzt L.R.S. 976 voraus und bestimmt es beziehungsweise ausdrücklich, indem er umgekehrt vorschreibt, daß jene auf der Aussenseite der Schrift oder ihres Umschlags, welche Schrift und beziehungsweise welcher Umschlag aber nach den vorausgegangenen Bestimmungen das Siegel tragen muß, geschrieben werde. Nun erschien bei Erlassung des Landrechts dem Gesetzgeber die im S. 976 des Code civil vorgeschriebene bloße Privatversiegelung als zu dem angegebenen Zwecke ungenügend, weßhalb in L.R.S. 976 a auch eine Versiegelung durch den Staatsschreiber mit dem Amtssiegel vorgeschrieben wurde.

Brauers Erläuterungen zu LR.S. 976, 976 a Ziff. 3—5.

Damit blieb aber der L.R.S. 976 in allen seinen Bestimmungen fortbestehen, es wurde weder an der Nothwendigkeit der Privatversiegelung, noch bezüglich der Stelle, wo solche anzubringen ist, irgend etwas geändert, eine Versiegelung der Inlage ist nach wie vor gar nicht als Versiegelung des Testaments anzusehen, und wenn nun auch im vorliegenden Falle der Umschlag des Testaments, welcher die Aufschriftsurkunde trägt, vorschriftsmäßig mit dem Siegel des Staatsschreibers versehen ist, so gebricht es doch an der dem L.R.S. 976 entsprechenden, daneben nothwendigen Privatversiegelung.

(Der weitere Theil der Entscheidungsgründe sucht nachzuweisen, daß eine gegen die Klage erhobene Einrede des Verzichts begründet und daß hierwegen das amtliche Urtheil bestätigt worden sei.)

Dagegen besagen die

oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

Das geheime Testament des † Joseph Grießhaber soll nach Inhalt der Klage darum nichtig sein, weil der Staatsschreiber, welcher das ihm übergebene Testament mit einem Umschlag versah und sodann diesen versiegelte, die Versiegelung nur mit seinem Dienstsiegel, nicht aber auch noch ausserdem mit einem Privatsiegel vorgenommen habe. Es kann jedoch hierin keine Nichtigkeit gefunden werden. Der Satz 976 verwehrt dem Erblasser durchaus

Digitized by Google

nicht, das von ihm übergebene Testament durch den Staatsschreiber mit dem Dienstsiegel versiegeln zu lassen,

Gilbert Code annoté ad 976 n. 12.

und wenn also verfahren wird, so ist zugleich auch der Vorschrift des Zusatzes 976 a vollkommen Genüge geleistet, sofern anders der Umschlag gehörig verschlossen wird, wie dieses im vorliegenden Falle geschehen. Nach den Worten dieses Zusatzes und nach seinem Zusammenhange mit den vorausgehenden Bestimmungen sollte nur für den Fall, daß die im Satze 976 verlangte Siegelung mit einem Privatsiegel geschehen ist, eine größere Sicherheit des Verschlusses dadurch erzielt werden, daß der Staatsschreiber den Umschlag nochmals mit dem Dienstsiegel so besiegelt, wie es die Verhütung eines Betruges erfordert. Abgesehen nämlich davon, daß die Privatsiegelung häufig nicht sorgfältig genug vorgenommen wird, gewährt auch die Anwendung des Dienstsiegels eine größere Bürgschaft gegen Verfälschung als ein Privatsiegel, zumal die Beschreibung des letzteren in der Aufschriftsurkunde im Gesetze nicht verlangt ist, und eben diese bei der Privatsiegelung möglichen Gefahren sollten durch die Versiegelung des Staatsschreibers abgewendet werden.

Ist nun aber schon die im S. 976 angeordnete Versiegelung vom Staatsschreiber mit dem Dienstsiegel gehörig geschehen, so fällt die im Zusatze 976 a vorgeschriebene nochmalige Besieglung von selbst als unnöthig oder als schon geschehen hinweg, und es soll keineswegs die Sicherheit der öffentlichen Besieglung durch das Privatsiegel verstärkt werden. Zwar wird die Ansicht, daß auch in diesem Falle neben dem Dienstsiegel ein Privatsiegel angewendet werden müsse, beziehungsweise, daß die im Satz 976 angeordnete Versiegelung nur mit einem Privatsiegel geschehen dürfe, aus Brauers Erläuterungen zu diesen Sätzen abgeleitet, allein diese jedenfalls nur doktrinelle Erläuterung stimmt mit den Worten des Gesetzes durchaus nicht überein. Es ist im Satze 976 nirgends gesagt, daß die dort angeordnete Versiegelung nur mit einem Privatsiegel geschehen dürfe, und es wäre eine Abänderung jenes Satzes, wenn man die Freiheit des Testa-

Digitized by Google

tors im Gebrauche der Siegel auf diese Weise beschränken wollte. Ebensowenig verbietet der Zusatz 976 a weder ausdrücklich noch folgeweise etwas, was der Satz 976 gestattet, sondern er fügt nur eine weitere Förmlichkeit hinzu, die aber im vorliegenden Falle schon in Anwendung des Satzes 976 erfüllt worden ist. Endlich gibt auch dieser Zusatz überall nicht die Absicht zu erkennen, daß etwa durch die Anwendung des Privatsiegels ausser dem Dienstsiegel die Staatsbehörde selbst kontrolirt werden soll, sondern es erhellt daraus nur der oben angeführte Zweck, und es wäre eine solche Controle mit dem öffentlichen Glauben der Staatsbehörde, welcher die Aufbewahrung und Existenz des Testaments anvertraut ist, schwer zu vereinigen. Man kann daher auf den Grund von Brauers Erläuterungen um so weniger eine weitere Förmlichkeit und damit eine größere Beschränkung der Freiheit des Testators in das Gesetz hineinlegen, als dies aus den Worten desselben folgt, weil diese Förmlichkeit bei der ohnedies vorliegenden möglichsten Sicherheit für die Identität des letzten Willens ganz zwecklos wäre. *)

Aus diesen Gründen ꝛc.

R.

---

*) Das Hofgericht hat mit Recht angenommen, daß die Besieglung der Inlage ohne alle Erheblichkeit und daß nur diejenigen Siegel in Betracht zu ziehen seien, welche sich an dem Aufschriftsbogen befinden. Daß aber dieser von dem Notar mit Wissen und Willen des Testators angebrachte und mit dem Dienstsiegel verschlossene Umschlagsbogen bei Strafe der Nichtigkeit auch noch mit einem Privatsiegel versehen werden müsse, liegt nach der oberhofg. Ansicht nicht in den Vorschriften des Gesetzes.

XXIII.

Kaufauflösungsklage wegen verweigerter Befreiung der Kaufsache von Pfandlasten.

(In S. Scheuer gegen Dinkelspiel.)

Im Sommer 1842 hatte Handelsmann Marx Dinkelspiel in Mannheim gegen Handelsmann Ludwig Scheuer daselbst eine Klage des Inhalts erhoben, daß Letzterer in Folge einer unter ihnen Statt gehabten mündlichen Verabredung von ihm, dem Kläger, das in Mannheim Lit. E 3 No. 10 gelegene Haus für 5555 fl. erkauft habe, die Haltung des Vertrags aber verweigere, weshalb gebeten werde, den Beklagten für schuldig zu erkennen, den Hauskauf protocolliren zu lassen, den Kaufschilling nach erfolgender Anweisung zu zahlen, und dem Kläger allen durch die verzögerte Vertragserfüllung zugegangenen Schaden zu ersetzen. — Nachdem Handelsmann Ludwig Scheuer den in der Klage behaupteten Vertragsabschluß in Abrede gestellt, und eventuell das ihm nach L.R.S. 1653 zustehende Retentionsrecht bezüglich des Kaufschillings auf so lange geltend gemacht hatte, bis Marx Dinkelspiel, welcher nicht in Abrede stellen konnte, daß das Haus mit mehreren Hypotheken belastet sei, seine Verbindlichkeit, das Haus pfandlastenfrei zu übergeben, erfüllt haben werde, schob der Kläger zur Erbringung des ihm über das Zustandekommen des Kaufvertrags auferlegten Beweises dem Beklagten den Haupteid zu, den auf erfolgte Zurückschiebung der Kläger nach §. 625 der P.-O. durch einen Eideshelfer ableisten ließ, nachdem er selbst inzwischen eidesunfähig geworden war.

Digitized by Google

Der Kauf wurde in Folge dessen durch oberhofgerichtliches Purificationserkenntniß vom 15. Mai 1845 für zu Stande gekommen und Handelsmann Scheuer für verbindlich erklärt, denselben transscribiren zu lassen, während schon das auf den Eid erkennende oberhofgerichtliche Haupturtheil vom 9. November 1842 den Kläger jedenfalls mit seinem auf Zahlung des Kaufschillings gerichteten Begehren zur Zeit abgewiesen hatte, und zwar innhaltlich der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe mit Rücksicht auf die vom Kläger selbst zugestandene Thatsache, daß auf dem verkauften Hause mehrere Hypothekenforderungen hafteten, welche einen Angriff auf das Haus zur Folge haben könnten, und in Hinsicht auf L.R.S. 1653, wonach der mit einer Pfandklage angegriffene oder bedrohte Käufer berechtiget ist, mit der Zahlung des Kaufpreises zurückzuhalten, bis der Verkäufer die Störung beseitiget oder dagegen Sicherheit geleistet hat, wenn, wie hier in vorliegendem Falle, nicht im Vertrage ausdrücklich bedungen worden sei, daß eines Angriffs ohngeachtet der Käufer zahlen solle.

Im October 1845 erhob nun auch seiner Seits Handelsmann L. Scheuer gegen Handelsmann M. Dinkelspiel eine Klage, in welcher er sich auf die bisher erwähnten Thatsachen des früheren Prozesses berief, auch ein specificirtes Verzeichniß aller auf dem von ihm erkauften Hause lastenden Pfandschulden Dinkelspiels mittheilte, wonach diese im Sommer 1842, als Dinkelspiel seine Klage auf Vertragserfüllung erhoben hatte, 4604 fl., zur Zeit des ergangenen oberhofgerichtlichen Purificationserkenntnisses aber über 8000 fl. betrugen, und worin er sodann noch weiter vortrug, er habe unter dem 3. Juni 1845 den beklagten Dinkelspiel mittelst Notariatsacts zur Befreiung des Hauses von den Pfandlasten, sofort zur Uebergabe des Hauses und zur Vornahme der Transscription auffodern lassen, der Beklagte sei jedoch allem dem nicht nachgekommen, weshalb der Kläger berechtigt sei, die Auflösung des Kaufvertrags zu verlangen, da der Hausverkäufer die Verbindlichkeit der schuldenfreien Uebergabe des Hauses habe (L.R.S. 1610, 1621, 1624, 1625, 1705), diese Verbindlichkeit aber von ihm nicht erfüllt worden sei. Es werde daher gebeten,

Digitized by Google

den Kaufvertrag für aufgelöst zu erklären und den Beklagten in die Kosten zu verfällen.

Der Beklagte gab die Richtigkeit des ganzen thatsächlichen Klagvertrags zu, bestritt aber ebenso, wie die später, aber noch im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens, an seine Stelle getretene Gantmasse, die rechtliche Begründung der angestellten Vertragsauflösungsklage aus Gründen, deren nähere Erwähnung bei den weiter unten mitzutheilenden Entscheidungsgründen der zweiten und dritten Instanz geschehen wird, welche jedoch

A. das Urtheil des Stadtamts Mannheim v. 22. Mai 1846

nicht theilte, indem dieses nach dem Begehren des Klägers erkannte:

„Es sei der zwischen dem Liquidanten (Kläger) und dem „Cridar abgeschlossene Kauf des Hauses Lit. E 3 No. 10 „in Mannheim auch der Gantmasse gegenüber für aufgelöst „zu erklären, und Letztere in die Kosten des Rechtsstreites zu „verfällen."

Das Stadtamt Mannheim gieng bei Fällung dieses Urtheils hauptsächlich von der Ansicht aus, es habe, wenn nichts anderes bedungen sei, jeder Verkäufer einer Liegenschaft die Verpflichtung, dieselbe von Pfandlasten frei zu machen. Der L.R.S. 1653 gebe nehmlich dem Käufer das Recht, den Kaufpreis zurückzubehalten, nicht nur, wenn er mit einer Pfand- oder Zueignungsklage angegriffen, sondern auch, wenn er mit einer solchen Klage bedroht sei, wenn er einen gerechten Grund zu befürchten habe, daß er damit angegriffen werde. Ob ein solcher Grund vorhanden sei, habe das richterliche Ermessen zu entscheiden, diese Entscheidung müsse aber hier zu Gunsten des Klägers ausfallen, weil die bloße Existenz von Pfandeinträgen auf der verkauften Liegenschaft in Hinblick auf die L.R.S. 2169, 2172 und 2183 den Käufer mit Pfandklagen bedrohe. Gebe aber hiernach das Gesetz dem Käufer das Recht, mit der Zahlung des Kaufschillings bis zur Befreiung der Liegenschaft von Pfandlasten zu warten,

Digitized by Google

so sei damit zugleich auch ausgesprochen, daß der Verkäufer zu dieser Befreiung und zwar alsbald verpflichtet sei. Eine Ausnahme von dieser Regel würde nur dann eintreten, wenn der Kläger auf seine Gefahr hin gekauft, oder wenn ihm bei dem Kaufe ausdrücklich erklärt worden wäre, daß und welche Pfandlasten auf dem Kaufobject ruhten. Da aber ein derartiger Ausnahmsfall beklagter Seits nicht behauptet sei, so müsse auch die allgemeine Regel Platz greifen. — Man könne sich dagegen auf L.R.S. 2183 nicht berufen, denn, wenn auch der Kläger durch Beobachtung des dort vorgeschriebenen Verfahrens sich von Gefahr befreien könne, so sei er doch nicht verpflichtet, sich mit diesen Förmlichkeiten zu belästigen, bei deren Anwendung er, wenn er auch nicht positiven Schaden leiden, doch immerhin den Besitz der erkauften Liegenschaft verlieren könne. Der Verkäufer habe seine Pflichten zu erfüllen, unbekümmert darum, ob der Käufer gegen die Folgen einer Pflichtverletzung des Verkäufers sich möglicherweise schützen könne oder nicht, worüber Troplong de la vente ad art. 1653 zu vergleichen sei.

Aus allem diesem ergebe sich, daß Dinkelspiel jedenfalls eine seiner Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe, und somit die Vertragsauflösungsklage nach L.R.S. 1184 gerechtfertigt sei.

Anderer Ansicht war das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises, bei welchem die Vertreter der Dinkelspiel'schen Gantmasse die Berufung gegen die amtliche Entscheidung eingeführt hatten. Hier wurde nehmlich

B. durch hofgerichtliches Urtheil v. 19. April 1847

abändernd zu Recht erkannt:

„daß der Kläger, Appellat, unter Verfällung in die Kosten „beider Instanzen mit der Klage noch zur Zeit abzuweisen sei."

Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen auf folgende Sätze gestützt:

1) Von dem dem Käufer zu seiner Sicherung gegen Pfandklagen in Bezug auf den Kaufschilling gegebenen Retentionsrecht handelt es sich hier ebensowenig, als von dem Verkauf einer

fremden Sache, da die verkaufte eine eigene des Verkäufers, und nur mit Pfandlasten des Verkäufers beschwert war. Es finden also hier weder die Vorschriften des L.R.S. 1653, noch die des L.R.S. 1599 Anwendung. Insbesondere kann aus L.R.S. 1653 eine Verbindlichkeit des Verkäufers, den verkauften Gegenstand frei von Pfandlasten dem Käufer zu übergeben, nicht abgeleitet, und sonach auf die nicht geschehene Entlastung des Hauses durch den Beklagten keine Vertragsauflösungsklage nach L.R.S. 1184 begründet werden, denn L.R.S. 1653 steht in dem von den Pflichten des Käufers handelnden Capitel, es kann daher schon deshalb, und weil die Obliegenheiten des Verkäufers in einem vorhergehenden Capitel aufgeführt sind, ohne daß auf eine solche Entlastungsverpflichtung hingewiesen wird, nicht angenommen werden, daß L.R.S. 1653 eine Verbindlichkeit der Art dem Verkäufer auferlegen wollte. Dieses Gesetz gibt vielmehr nur dem Käufer zu seiner Sicherheit eine Befugniß, unter gewissen Voraussetzungen mit Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit (mit der, den fälligen Kaufpreis zu zahlen), zurückzuhalten, legt aber dabei keineswegs dem Verkäufer eine Pflicht zur pfandfreien Uebergabe des verkauften Objects auf.

2) Der Verkäufer hat vielmehr nach L.R.S. 1603 nur die Pflicht die Sache zu übergeben und sie zu gewähren. Letztere Obliegenheit anlangend, ist eine Entwährung nicht behauptet, eine Gewährleistungsklage nicht angestellt; und die Pflicht der Uebergabe betreffend, so ist diese in L.R.S. 1603 nicht an die Bedingung der vorherigen durch den Verkäufer zu geschehenden Entlastung des Kaufobjects von Pfandschulden gebunden, weshalb, da die Uebergabe im Allgemeinen hier nicht in Frage gestellt, die Klage vielmehr nur auf die Verweigerung einer pfandfreien Uebergabe des Hauses begründet ist, die Klage zur Zeit und insolange abgewiesen werden muß, als nicht eine unbedingte Verweigerung der Uebergabe des Hauses Seitens des Verkäufers behauptet wird, was aber in der vorliegenden Klage nicht geschehen ist.

Digitized by Google

3) Man hat sich zwar auf die Autorität von Troplong de la vente No. 613 berufen, welcher die Behauptung aufstellt, daß der Verkäufer die ihm nach L.R.S. 1582 und 1604 obliegende Pflicht, die verkaufte Sache in Besitz und Gewähr des Käufers zu überliefern, nicht erfülle, wenn die verkaufte Liegenschaft mit Pfandlasten beladen sei, indem alsdann der Käufer nur ein ungewisses Eigenthum, und einen bedrohten Besitz an derselben erhalte, und deßhalb müsse hier Artikel 1184 anwendbar sein. Allein, — sagen hiergegen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, — diese Behauptung beruht auf der Unterstellung, daß es eine bedungene Obliegenheit des Verkäufers sei, die verkaufte Sache von Unterpfandslasten frei zu übergeben, da L.R.S. 1184 die Vertragsauflösung nur dann gewährt, wenn einer der Contrahenten seinem Versprechen (à son engagement) kein Genüge leistet. Diese Unterstellung ist aber nur dann richtig, wenn der Vertrag ein den Verkäufer hiezu verpflichtendes Geding enthält, wie es in vorliegendem Falle nicht behauptet ist, — unrichtig dagegen ist sie, wenn, wie hier, eine solche Verabredung nicht getroffen wurde; — und daß eine solche auch nicht nothwendig als von den Contrahenten beabsichtigt angesehen werden kann, bedarf keiner Erörterung, da gewöhnlich erst mit dem Kaufpreise die auf dem verkauften Gegenstande ruhenden Unterpfänder getilgt werden. Sodann ist aber auch nicht richtig, daß Besitz und Gewähr nicht übertragen sei, wenn die Sache mit Pfandlasten beschwert ist. Die Obliegenheit des Verkäufers zur Gewährleistung, wie sie in den Sätzen 1625 und folgende aufgestellt wurde, ist aber auch eine ganz andere, als diejenige Verbindlichkeit, wegen deren Nichterfüllung hier die Vertragsauflösung begehrt wird. Wenn nehmlich nach L.R.S. 1625 dem Verkäufer die Verbindlichkeit obliegt, dem Käufer den anspruchslosen Besitz der verkauften Sache zu sichern, so entsteht doch nach L.R.S. 1626 und folgende, bezüglich der darauf ruhenden Lasten, — (von der Entwährung aus dem Grunde eines Eigenthumsrechts und von Anwendung der hierauf bezüglichen besondern Bestimmungen ist, wie schon bemerkt, hier nicht die Rede,) — diese

Digitized by Google

Verpflichtung des Verkäufers in der Regel erst mit der Thatsache der geschehenen Entwährung durch den dritten Berechtigten, und nicht schon mit der Möglichkeit, dem Drohen einer Entwährung. (Troplong de la vente No. 451. Brauer Erläuterungen III. S. 510 und 539). — Die drohende Entwährung kann vielmehr dem Käufer, welcher nicht durch eine besondere Vertragsbestimmung größere Rechte erworben hat, nur nach L.R.S. 1653 das Recht geben, die Zahlung des Kaufpreißes zurückzuhalten. — Aus beiden gesetzlichen Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers kann demnach eine vertragsmäßige Obliegenheit desselben, vor der Uebergabe die verkaufte Sache von Pfandlasten zu befreien, nicht abgeleitet, demnach aus der Nichtbefreiung von diesen Lasten eine Klage auf Auflösung des Kaufs nicht begründet werden.

4) Auch durch die angeblich verweigerte Mitwirkung des Beklagten zur Transscription des Hauses ist keine Vertragspflicht verletzt, weil es nach L.R.S. 1583 a Sache des Klägers ist, den Eintrag in das Grundbuch zu erwirken. Versagt hierbei der Verkäufer seine Mitwirkung, so muß gegen ihn ein richterliches Urtheil erwirkt werden, welches ausspricht, daß der Eigenthumstitel des Käufers, d. h. der Kauf nach dessen zu bezeichnendem Inhalte (dem Verkäufer gegenüber) in das Grundbuch einzutragen sei. Zwar wird der Kläger dabei alternativ den Antrag dahin zu richten haben, der Beklagte habe entweder bei dem Eintrage mitzuwirken, oder dieser sei durch das Urtheil anzuordnen, allein es bleibt der Wahl des Beklagten immerhin überlassen, ob er ersteres thun, oder den Vollzug des Urtheils ohne seine Mitwirkung geschehen lassen will. In keinem Falle kann aber der Käufer nach L.R.S. 1184 gegen den Verkäufer auf Vertragsauflösung deshalb klagen, weil dieser bei dem Eintrage mitzuwirken sich weigert, denn der Fall, daß dieser „seinem Versprechen kein Genüge leistet" liegt hier überhaupt nicht vor, weil der Verkäufer seine Mitwirkung zum Eintrage nicht versprochen hat.

Digitized by Google

C. Entscheidung in dritter Instanz.

Nachdem der Kläger gegen die seine Vertragsauflösungsklage zur Zeit abweisende Entscheidung des großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 19. April 1847 die Berufung an den obersten Gerichtshof eingeführt hatte, erfolgte daselbst (im ersten Senate) unter dem 25. Januar 1848 die Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Der Kläger verlangt, daß durch richterliches Urtheil der zwischen ihm und dem Beklagten abgeschlossene Hauskaufvertrag, dessen Rechtsbeständigkeit in einem frühern von den Parteien geführten Prozesse durch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 9. November 1842, beziehungsweise durch das damit zusammenhängende Purificationserkenntniß vom 15. Mai 1845 rechtskräftig ausgesprochen worden ist, aus dem Grunde für wieder aufgelöst erklärt werden möge, weil der Beklagte den ihm aus dem Vertrage erwachsenen Verbindlichkeiten einer mittelst Notariatsacts erfolgten Aufforderung ohngeachtet nicht nachgekommen sei.

Diese nicht erfüllten Verbindlichkeiten sollen darin bestehen, daß der Beklagte das von ihm an den Kläger verkaufte, mit inscribirten Pfandrechten mehrerer Gläubiger des Verkäufers belastete Haus nicht hypothekenfrei übergebe, und daß er zur Transscription des Hauses auf den Namen des Klägers, wie solche nach L.R.S. 1583 nothwendig sei, nicht mitwirke.

Hiernach stellt sich die Klage lediglich als eine reine Vertragsauflösungsklage dar, welche in ihrer rechtlichen Bedeutung dem L.R.S. 1184 zu unterstellen ist, nach welcher Gesetzesstelle bei doppelseitigen Verträgen dann, wenn einer der Contrahenten seinen Vertragsverpflichtungen nicht nachkommt, wenn er also dieserwegen in mora ist, von dem andern Contrahenten entweder auf Vollzug oder, wie hier, auf Auflösung des Vertrags geklagt werden kann.

Auf die angestellte Vertragsauflösungsklage, als solche, können aber

Digitized by Google

I. alle diejenigen im Laufe der Verhandlungen, insbesondere durch Hinweisung auf den L.R.S. 1625 geltend gemachten gesetzlichen Vorschriften keine Anwendung finden, welche das Landrecht über die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers und die dem Käufer zukommende Gewährleistungs- (Evictions-) Klage in den L.R.S. 1603 Nummer 2 und 1625 bis 1649 aufstellt. Diese Vorschriften können vielmehr nach ihrem klaren Inhalte nur da ihre Anwendung finden, wo das durch den Kaufvertrag auf den Käufer übertragene Eigenthum, beziehungsweise der aus dem Eigenthumsrecht folgende anspruchslose Besitz (die Verfügungsgewalt des Eigenthümers), durch Rechtsansprüche Dritter dem Käufer entzogen wird oder, wo sich nach vollzogenem Kaufe frühere Lasten und Fehler an dem Kaufobjecte herausstellen, welche beim Kaufabschluß verschwiegen worden oder verborgen gewesen sind, und deßhalb bei Fixirung des Kaufpreises keine Berücksichtigung zu Gunsten des Käufers finden konnten, und welche unter Umständen den Käufer auch ganz von dem Vertragsabschlusse abgehalten haben würden.

Keiner dieser Fälle, in welchen das Gesetz dem Käufer die Gewährleistungsklage (als eine besondere Art Entschädigungsklage — vergl. Zachariä 4. Aufl. II. S. 246 u. 371) gibt, ist aber hier vorhanden. Namentlich kann in dem bloßen, der Klage zu Grunde gelegten Factum, daß auf dem Hause mehrere, den Kaufpreis jetzt übersteigende Schulden des Beklagten eingetragen sind, selbst nicht einmal, wenigstens zur Zeit nicht, eine ernstliche Bedrohung des klägerischen Eigenthums, oder sonst eine als gewiß bevorstehende Beschädigung des Klägers und zwar um so weniger erkannt werden, als gar keine Thatsachen geltend gemacht worden sind, welche muthmaßen ließen, daß die Pfandgläubiger des Beklagten mit Uebernahme der unter Umständen möglicherweise für sie sehr lästigen Bedingung des L.R.S. 2185 auf Versteigerung des Hauses auch dann dringen würden, wenn der Kläger solches nach Maßgabe der L.R.S. 2183 und folgende, und mittelst Hingabe des Kaufpreises an die Gläubiger, dessen einstweilige Retention ihm gegenüber dem Verkäufer nach L.R.S. 1653 frei steht, und von ihm innhaltlich

Digitized by Google

der Klage auch geübt wird, von den Pfandlasten befreien wollte, ja als sogar die obwaltenden Verhältnisse geradezu gegen die Befürchtung sprechen, daß die Pfandgläubiger des Beklagten das Haus selbst der Herausgabe des Kaufpreises vorziehen würden, indem nach der über des Beklagten Vermögen während des Prozesses ausgebrochenen Gant die Gantmassevertreter sich ebenso, wie der Beklagte selbst, der vom Kläger begehrten Vertragsauflösung widersetzt, also gezeigt haben, daß die Gläubiger nicht geneigt sind, Statt der Hinnahme des bedungenen Kaufpreises ihre Ansprüche auf das Pfand selbst geltend zu machen, sobald dem Kläger der Versuch, das erkaufte Haus von allen Vorzugs- und Unterpfandsrechten ohne allen Nachtheil für sich durch den ihm nach L.R.S. 2183 ff. gestatteten Weg zu befreien, beliebt.

Wenn nach dem Bisherigen die angestellte Vertragsauflösungsklage durch die dem Verkäufer im Allgemeinen obliegende Gewährleistungspflicht nicht begründet werden kann, so fragt es sich sofort

II. ob dem Beklagten nicht sonst die Verpflichtung der hypothekenfreien Uebergabe des Hauses an den Kläger in Folge des Kaufvertrags obliege, gleichviel, ob diese Verpflichtung in einem ausdrücklichen Versprechen des Beklagten, oder in einer, solchem Versprechen nach L.R.S. 1135 ganz gleichzustellenden Gesetzesvorschrift ihren Grund hätte.

Es ist nun aber die Existenz einer derartigen Vertragsstipulation von dem Kläger selbst nicht behauptet, und es enthaltet auch das Landrecht nirgends, namentlich nicht in dem von den gesetzlichen Obliegenheiten des Verkäufers handelnden Capitel (L.R.S. 1609—1649) irgend wie eine ausdrückliche Vorschrift, daß dem Verkäufer einer Liegenschaft auch ohne ein desfalsiges Geding, (schon Kraft Gesetzes) deren pfandfreie Uebergabe an den Käufer obliege, so daß sich nur noch die Frage aufwirft, ob eine solche Verbindlichkeit des Verkäufers nicht etwa schon aus allgemeinen Grundsätzen über den Kaufvertrag, aus der rechtlichen Natur dieses, folge.

Aber auch diese Frage ist zu verneinen. Das Landrecht legt

Digitized by Google

dem Verkäufer nur zwei Hauptverbindlichkeiten auf, nehmlich außer der nach Nummer I dieser Entscheidungsgründe hier nicht in Frage stehenden durch eine Gewährleistungsklage zu verfolgenden Pflicht der Garantie für ruhigen Eigenthumsbesitz und für Fehlerfreiheit der Sache, noch die weitere, dem Käufer den verkauften Gegenstand zu eigen zu übergeben. (L.R.S. 1582 und 1603.)

Dieser in der Verpflichtung des Verkäufers liegende Eigenthumsübertrag ist aber lediglich nur dadurch bedingt, daß keinem Dritten, sondern dem Verkäufer das Eigenthum an der verkauften Sache zustand, daß der Verkäufer keine fremde Sache verkaufte, (L.R.S. 1599) und kann also keineswegs, wie der Kläger glaubt, davon abhängig gemacht werden, daß die verkaufte Liegenschaft auch von Hypothekrechten Dritter frei sei, weil, was keiner Ausführung bedarf, nach L.R.S. 2114, und der Natur der Sache nach, der Pfandgläubiger durch den Pfandvertrag an der ihm verpfändeten Liegenschaft bei weitem kein Eigenthumsrecht, sondern nur ein sachartiges Recht erwirbt, welches ihm keine aus dem Eigenthumsrecht abfließende Verfügungsgewalt über die Sache selbst, sondern nur die Befugniß gibt, seine Forderung gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache zu verfolgen, ohne daß hierdurch das Eigenthumsrecht dieses selbst in Frage gezogen wird.

Hiernach kann der Kläger bezüglich der nach L.R.S. 1582 und 1603 Nummer 2 dem Beklagten obliegenden Uebergabepflicht eine Vertrags-Verletzung oder Nichterfüllung nicht, wie er versucht hat, auf die Thatsache begründen, daß der Beklagte ihm die verkaufte Liegenschaft nicht hypothekenfrei übergebe, sondern nur dann läge eine Nichterfüllung des Vertrags von Seiten des Beklagten vor, wenn dieser überhaupt den Eigenthumsübertrag des verkauften, und mit Hypotheken belasteten Hauses an den Kläger verweigerte, was aber wenigstens nach Inhalt der stets nur auf die vergebliche Anforderung einer pfandfreien Uebergabe gestützten Klage nicht behauptet, und auch nicht anzunehmen ist, da der Beklagte, (wie in der Klage selbst angeführt wird) Jahre lang gegen den jetzigen Kläger einen Rechtsstreit geführt

Digitized by Google

hat, damit dieser genöthiget werde, den von ihm geläugneten Kauf zu halten, beziehungsweise die verkaufte Liegenschaft zu übernehmen.

Es war zwar mit dem Kläger auch

III. das Stadtamt Mannheim der Ansicht, daß immerhin aus der Vorschrift des L.R.S. 1653 die Folgerung zu ziehen sei, daß dem Verkäufer die Pflicht obläge, die von ihm verkaufte Liegenschaft von den darauf ruhenden Hypotheken zu befreien, er also den Vertrag nicht erfülle, wenn er Mahnens ohnerachtet dieser Pflicht nicht nachkomme.

Aus L.R.S. 1653 kann aber eine solche Vertragsverbindlichkeit nicht gefolgert werden, denn (abgesehen davon, daß dieser Satz nicht in dem von den Obliegenheiten des Verkäufers, sondern in einem spätern von den Pflichten des Käufers handelnden Capitel des Landrechts seine Stelle hat), bezieht sich auch der materielle Inhalt dieser Gesetzesstelle lediglich nur auf die im Wesen des Kaufvertrags liegende Hauptverbindlichkeit des Käufers, den Kaufpreis an dem vertragsmäßigen Tag und Ort oder, wenn der Vertrag hierüber keine Bestimmung enthaltet, am Orte und zur Zeit der Kaufobjectsübergabe zu zahlen (vergl. L.R.S. 1582, 1650 u. 1651), und modificirt nur diese im Allgemeinen dem Käufer obliegende Pflicht ausnahmsweise in dem besondern Fall, wenn der Käufer mit einer Pfand- oder Zueignungsklage angegriffen oder bedroht ist, dahin, daß in einem solchen Fall der Käufer, (wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat) mit der Zahlung desselben, auch wenn er nach dem Vertrage schon verfallen ist, zurückhalten dürfe, bis der Verkäufer die eingetretene oder drohende Störung beseitigt, oder gegen dieselbe (eine andere, als die in der Retention des Kaufpreises liegende) Sicherheit geleistet hat, vorausgesetzt, daß im Vertrage selbst nicht bedungen worden ist, daß eines Angriffs ohnerachtet der Käufer zahlen solle.

Der L.R.S. 1653 gibt also offenbar dem Käufer für gewisse Fälle nur das Retentionsrecht bezüglich des schuldigen Kaufpreises, welchem Rechte keine andere Verbindlichkeit des Verkäufers correspondirt, als die, daß er den, wenn auch nach dem Vertrage schon fälligen Kaufpreis nicht früher verlangen kann, als bis

Digitized by Google

die für den Käufer aus einer Pfand- oder Zueignungsklage entstandene oder wegen der zu erwartenden Klage drohende Störung beseitigt, oder wegen ihrer Beseitigung Garantie gegeben ist.

Eine weitere Ausdehnung dieser zu Gunsten des Käufers gesetzlich gestatteten Beschränkung seiner durch den Vertrag übernommenen Pflicht, den fälligen Kaufschilling zu zahlen, namentlich eine Ausdehnung dieses Beneficiums bis zu dem Grade, daß man damit allein schon dem Käufer ein ihm durch keine andere Gesetzesstellen eingeräumtes Recht als zugestanden annehmen will, daß er wegen Belastung der gekauften Liegenschaft mit Hypotheken die Auflösung des Vertrags verlangen könne, würde gegen den allgemein anerkannten und nicht zu bestreitenden Grundsatz verstoßen, wonach Privilegien und gesetzliche Beneficien einer stricten Auslegung unterliegen, und daher nicht weiter, als wofür sie gegeben sind, ausgedehnt werden dürfen.

Die Vertragsauflösungsklage kann endlich auch

IV. nicht auf die Behauptung des Klägers gegründet werden, daß der Beklagte die ihm unzweifelhaft obliegende Eigenthumsübergabepflicht dadurch nicht erfüllt habe, daß derselbe die Transscription des Hauses von seinem Namen auf den des Klägers der an ihn geschehenen Aufforderung ohnerachtet nicht bewirkt habe, weil (abgesehen davon, daß der Kläger, wie es scheint, nicht eine unbedingte Transscription, sondern eine solche erst nach Ablösung der auf dem Hause ruhenden Pfandlasten verlangt hat), in vorliegendem Fall die Transscription durch den Kläger allein bewirkt werden kann, da die Rechtsbeständigkeit des Kaufvertrags durch ein richterliches (oberhofgerichtliches) Urtheil vom 9. November 1842 und dessen Purificirung vom 15. Mai 1845 rechtskräftig ausgesprochen worden ist, es sonach Behufs der Transscription nur der Vorlage dieser öffentlichen Acte (dieser Titel) an das Gewährgericht durch den Kläger bedarf, der ohnedieß durch die allegirte oberhofgerichtliche Entscheidung verurtheilt ist, diese Transscription, welcher er sich in dem frühern unter den Parteien bestandenen Rechtsstreite stets widersetzte, zu besorgen.

Aus diesen Gründen wurde wie geschehen erkannt.

Bohm.

Digitized by Google

XXIV.

Aus der Servitutenverjährung.

A. L.R.S. 642.

(Lehmann gegen Haberer.)

Um das Recht zur Benutzung einer nachbarlichen Quelle durch Verjährung zu erwerben, sind jedenfalls offene Anlagen nothwendig, welche ankünden, daß man von dem Wasser zum Vortheil seines Grundstückes Gebrauch machen will. Es genügt nicht, daß das Wasser lange Zeit nur seinen natürlichen Abfluß auf des Nachbars Grundstück genommen, und beide Theile ihm denselben gelassen haben. Dagegen ist es eine bekannte Streitfrage, ob die offenen Anlagen, von welchen der Satz 642 spricht, auf dem dienenden Grundstücke angebracht sein müssen oder ob es genügt, wenn sie auf dem herrschenden Gute angelegt sind?

Für die erstere Ansicht spricht der allgemeine Grundsatz: agere non valenti non currit præscriptio, indem da, wo die Anlagen das dienende Grundstück nicht berühren, eine Klage des Eigenthümers auf Beseitigung derselben gar nicht existirt, und ein Zustand, den der Herr des dienenden Gutes nicht zu hindern vermag, ihm auch keine Dienstbarkeit aufbürden kann.

Dafür aber, daß der Satz 642 eine Beschränkung jenes allgemeinen Grundsatzes der Verjährung für den Erwerb einer Wässerungsgerechtigkeit enthalte, sprechen folgende Gründe:

1) Der Satz 642 wäre gar nicht nothwendig gewesen, wenn er nichts anderes bestimmen wollte, als was nach den allgemeinen Regeln der Verjährung ohnedies Rechtens ist.

2) Aus den Berathungen über den Code erhellt, daß man wirklich die Absicht hatte, eine Ausnahme zu machen, um den dreißigjährigen Zustand des durch Anlagen geregelten Wasserlaufes in Schutz zu nehmen.

3) Die scheinbare Ungerechtigkeit verschwindet so ziemlich durch die Betrachtung, daß der Besitz, wenn auch nicht durch eine Klage, so doch auf die Weise unterbrochen werden kann, daß der Eigenthümer der Quelle Gegenanlagen errichtet und den Wasserlauf verändert, um sich vor der erwerbenden Verjährung zu schützen, die der Nachbar durch offene, in die Augen fallende Anlagen begründen will.

Siehe hierüber

Marcadé droit civil, tome III. p. 343.

Das Oberhofgericht hat sich in der oben erwähnten Rechtssache für die letztere Ansicht entschieden, während in den Jahrbüchern n. F. VII. B. S. 292. Note * die entgegengesetzte Meinung aufgestellt wurde.

B. L.R.S. 708.

(Allge gegen Keller.)

Der Kläger erhebt eine Entlastungsklage, um eine Wegdienstbarkeit zu bestreiten, die der Beklagte, um zu seinem Grundstücke zu gelangen, über des Klägers Acker ausübt.

Aus den Verhandlungen ergibt sich

1) daß Kläger nicht das Wegrecht im Allgemeinen, sondern nur die Art der Ausübung desselben bestreiten will. Der Beklagte, welcher seinen Weg mitten durch den Acker des Klägers nimmt, soll an der Grenze des Ackers neben dem anstoßenden, klägerischen Walde hin, auf sein Grundstück gehen und fahren, da ihm nur in dieser Richtung das Wegrecht zustehe.

2) Der Beklagte dagegen behauptet, daß er von jeher das Wegrecht gerade so ausgeübt habe, wie in der neuesten Zeit

Digitized by Google

und daß ihm, resp. seinem Vorgänger, dieser Weg bei der Feldvermessung im Jahr 1805 angewiesen worden sei.

Das Hofgericht des Seekreises gieng nun von der Ansicht aus, daß der Beklagte, wenn er zu beweisen vermöge, daß das Wegrecht dreißig Jahre lang in der von ihm bezeichneten Richtung ausgeübt worden sei, diese Richtung durch Verjährung erworben habe, indem dieser Ersitzung, welche nicht das Entstehen sondern blos die Art der Ausübung der Dienstbarkeit betreffe, der Satz 691 nicht entgegenstehe, vielmehr nach Satz 2262 in dieser Beziehung eine Verjährung Platz greife. Es legte daher dem Beklagten diesen Beweis auf und nachdem er ihn geführt hatte, wurde Kläger abgewiesen.

Beim Oberhofgericht wurde dieses Urtheil zwar bestätiget, man gieng jedoch in Ansehung der erwerbenden Verjährung der Ausübungsart von folgender abweichender Ansicht aus:

Die Gesetzesstelle, welche hauptsächlich von der Verjährung hinsichtlich der Art der Ausübung der Dienstbarkeit spricht, ist der Satz 708. Dieser Satz steht jedoch in dem Abschnitt, welcher davon handelt, „wie die Dienstbarkeiten erlöschen" und schon diese Stellung jenes Satzes zeigt deutlich, daß hier nur von einer Verminderung des Umfangs oder der Art der Ausübung einer Dienstbarkeit zum Vortheil des dienenden Grundstücks die Rede ist. Sie soll dadurch eintreten, daß der Berechtigte die Dienstbarkeit dreißig Jahre lang in geringerem Maaße ausgeübt hat, als sie ihm zusteht. Wie das Ganze durch Nichtübung verloren geht, so auch die einzelnen Theile oder Richtungen der Servitut, von welchen kein Gebrauch gemacht wurde, sie mag nun in diese oder jene Classe der Servituten gehören. Wenn es sich aber um eine Erweiterung oder Erschwerung der Servitut und somit um eine erwerbende Verjährung handelt, so gelten dieselben Grundsätze wie bei der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten überhaupt, d. h. es kommt darauf an, ob eine offene und selbstständige*) oder eine verborgene und unständige Servitut in

*) Der Satz 690 gestattet eine Verjährung nur bei offenen und zugleich selbstständigen Dienstbarkeiten. Es läßt sich je-


Digitized by Google

Frage steht. Demgemäß kann eine Weggerechtigkeit, als in die letztere Classe gehörig, durch Verjährung keinen größeren Umfang oder keine lästigere Richtung erhalten, als sie ursprünglich gehabt hat.

Zwar ist in

Sirey, 1843. II. 101.

eine Entscheidung des Gerichtshofes von Caën mitgetheilt, in welcher ausgesprochen wurde, daß die ursprünglich angewiesene Stelle zur Ausüburg einer Dienstbarkeit durch Verjährung zu Gunsten des Wegberechtigten geändert werden könne, allein schon der Herausgeber jener Sammlung hat die Richtigkeit dieser Ansicht bezweifelt, und die Schriftsteller sind auch sämmtlich der Meinung, daß bei einer Erweiterung der Servitut nicht der Satz 708, sondern nur die allgemeine von der Natur der Dienstbarkeit abhängige Regel der Ersitzung anschlage.

Pardessus, traité des servitudes No. 304.
Duranton, tom. III. No. 605 sqq.
Boileux, ad art. 708.
Zachariä, II. B. S. 68.

Die Anwendung dieses Grundsatzes gegen den Inhaber der Servitut ist jedoch von der Voraussetzung bedingt, daß der Beweis über die ursprüngliche Richtung der Dienstbarkeit erstellt d. h.

---

doch mit Grund die Frage aufwerfen, ob nicht jede offene Dienstbarkeit zugleich eine selbstständige sei? Die offene Dienstbarkeit erfordert nämlich eine Anlage d. h. eine fortbestehende Einrichtung, welche zum Zweck der Ausübung der Dienstbarkeit errichtet ist, und in der Regel muß diese Anlage so beschaffen sein, daß der Nachbar ein Klagrecht auf deren Beseitigung hat, wenn die Dienstbarkeit nicht wirklich besteht. Gerade in diesem (widerrechtlichen) Dasein einer Anlage scheint nun aber der Character der Selbstständigkeit der Dienstbarkeit zu liegen, indem diese Anlage für sich allein und fortdauernd den Nachbar belästiget. Wenn auch im Falle des Gebrauchs noch eine menschliche Thätigkeit hinzutritt, so kann man darum nicht behaupten, daß die Dienstbarkeit zwar eine offene aber keine selbstständige sei, z. B. wenn Jemand Aussichtsfenster besitzt, wo er nach dem Gesetz keine haben darf.

Digitized by Google

dargethan sei, daß der gegenwärtige Besitz mit der ursprünglichen Anweisung der Dienstbarkeit im Widerspruch stehe. Fehlt es an diesem Beweise und liegt daher jene Thatsache im Ungewissen, so muß natürlich der bisherige Besitzstand den Mangel der ursprünglichen Anweisung ersetzen, wie dieses auch der Cassationshof in Paris am 19. April 1842 nach

Sirey, 1842. I. 412.

ausgesprochen hat.

Und den Beweis der ursprünglichen Richtung hat nicht der Beklagte, sondern der Kläger zu führen, welcher behauptet, daß der Besitzstand mit dem ursprünglichen Titel in Widerspruch stehe. Die Regel, daß der Negatorienbeklagte die Existenz der von ihm behaupteten Dienstbarkeit zu erweisen hat, weil für die Freiheit des Eigenthumes die Vermuthung streitet, kann hier keine Anwendung leiden, da die Existenz der Dienstbarkeit und somit die Freiheit des Gutes gar nicht in Frage steht, vielmehr nur die Art der Ausübung und weil der Besitz wenigstens für die Rechtmäßigkeit der Ausübungs**art** die gesetzliche Vermuthung gewährt.

Von diesen Grundsätzen ausgehend fand man bei Prüfung der vorliegenden Beweise, daß sogar der Beklagte bereits den Beweis geführt habe, daß ihm die Wegdienstbarkeit gerade so ertheilt worden sei, wie er sie gegenwärtig ausübe, daß er also einer weiteren Beweisauflage in dieser Beziehung nicht bedürfe, und aus diesem Grunde wurde sofort das hofgerichtliche Urtheil bestätiget.

C. L.R.S. 674.

(Bauer gegen Becht.)

Der Kläger verlangt vom Beklagten auf den Grund des Satzes 674 die Beseitigung des Senkloches eines Abtritts von seiner Mauer, an die es angelegt ist, oder die Errichtung solcher Schutzwerke, welche geeignet seien, den Schaden abzuwenden, der ihm durch diese Anlage zugehe.

Digitized by Google

Der Beklagte brachte unter anderem die Einrede vor, daß schon seit mehr als dreißig Jahren die fragliche Anlage bestehe und daher eine Verjährung eingetreten sei. Der Unterrichter verwarf diese Einrede als unbegründet. In zweiter Instanz wurde aber diese Ansicht mit folgenden Gründen widerlegt und die Einrede zugelassen.

„Als Einrede wurde der Klage entgegen gehalten, der Beklagte habe das Recht zur fraglichen Anlage durch Verjährung erworben, da die Dunggrube nebst Abtritt schon seit länger als 30 Jahren unverändert an der Stelle bestehe, wo sie dermalen sich befinde.

„Der Unterrichter hat diese Einrede als rechtlich unbegründet nicht berücksichtigt, jedoch mit Unrecht. Allerdings legt der L.R.S. 674 demjenigen, welcher eine Anlage der in Frage stehenden Art an einer gemeinschaftlichen oder nicht gemeinschaftlichen Mauer machen läßt, die Verpflichtung auf, zur Abwendung einer Beschädigung dieser, gewisse Zwischenräume zu lassen, oder aber gewisse Werke zu machen, allein die deßfallsige Gesetzesvorschrift ist nicht der Art verbindend, daß, gerade bezüglich auf Anlagen der in Frage stehenden Gattung, nicht ein entgegenstehender Zustand erworben werden könnte; das öffentliche Interesse ist in einem solchen, und insbesondere im vorliegenden Falle, bei dieser oder jener Beschaffenheit der Anlage in keiner Weise betheiligt, sondern nur jenes der betreffenden Theile, und wenn der eine es sich gefallen läßt, daß der andere gegen die erwähnte Vorschrift eine solche Anlage macht und die Zeit hindurch besitzt und benützt, welche das Gesetz für genügend zum Erwerb des Rechts erklärt, die Anlage fortzubesitzen, so kann er diesem nicht mehr mit der fraglichen Gesetzesvorschrift entgegentreten, von der er Gebrauch zu machen zu rechter und in der gesetzlich zuläßigen Zeit versäumte.

„Hiernach ist die Einrede des Beklagten im Hinblick auf die L.R.S. 688, 690, 226 begründet."

Beim Oberhofgericht kam diese Streitfrage diesmal nicht zur Entscheidurg, indem man das hofgerichtliche Urtheil theils aus Gründen, die lediglich aus dem faktischen Material des speziellen

Digitized by Google

Falles genommen waren und kein allgemeines Interesse darbieten, theils darum bestätigte, weil die Anlage schon vor 1810 vorhanden gewesen sei, und daher die Berufung auf den erst später zum Gesetz gewordenen Art. 674 für sich allein die Klage nicht begründen könne, indem er nur solche Werke treffe, die seither angelegt worden sind.

Anmerkung.

Die Befugniß, auf seinem Eigenthum nach Belieben zu schalten und zu walten, muß schon nach der Natur der Sache und ohne besondere Bestimmung des Gesetzes so ausgeübt werden, daß der Gebrauch jener Befugniß keine schädliche und zerstörende Einwirkung auf das Eigenthum des Nachbars zur Folge hat, denn dadurch würde in das fremde Eigenthumsrecht eingegriffen. Man muß daher, wenn man die Regel „qui jure suo utitur, neminem lædit", auf den Gebrauch des Eigenthums anwenden will, zunächst berücksichtigen, wie weit die Grenze des Rechts, dessen man sich bedienen will, reiche, denn es steht derselben die weitere Regel gegenüber: In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittet. Es ist dieses keine Beschränkung der natürlichen Freiheit des Eigenthums, wie bei einer Servitut, sondern nur eine Folge der Achtung, die man dem fremden Eigenthume schuldig ist und die man auch für das Seinige fordert. Wer diesem zuwider handelt und durch Anlagen auf seinem Eigenthum des Nachbars Gut beschädiget, begeht eine unrechte That und haftet für den angerichteten Schaden schon aus diesem Grunde. Diese auf Entschädigung gerichtete Klage entspringt im Augenblicke des erlittenen Schadens. Auch kann mit dieser Klage zugleich verlangt werden, daß die Anlage, welche den Schaden bringt, beseitiget oder unschädlich gemacht werde. Das Gesetz geht aber noch weiter, indem es schon wegen des drohenden Nachtheils eine Klage gewährt. So gibt der Satz 1386 a eine Klage auf Sicherheitsleistung bei baufälligen Werken, und ähnlich ist die aus dem Satz 674 entspringende Klage, indem hiernach verlangt werden kann, daß der zu befürchtende Schaden durch

Digitized by Google

Entfernung der Anlage oder durch Schutzwerke verhütet werde. Und man wendet diesen Artikel mit Recht nicht ausschließlich auf den Fall an, wo ein Werk an eine gemeinschaftliche oder nicht gemeinschaftliche Mauer angelehnt werden soll, sondern überall, wo Anlagen auf einem Grundstücke schädlich und zerstörend auf des Nachbars Gut hinüberzugreifen drohen.

Marcadé droit civil, tome III. p. 389 sqq.

Um die Grenze zwischen dem Erlaubten und Unerlaubten in dieser Beziehung zu finden, gibt schon das röm. Recht wichtige Anhaltspunkte.

l. 24 §. 12. l. 26 D. 39, 2.*)

Was nun die Verjährung betrifft, so kann eine erwerbende Verjährung des Rechts, das Eigenthum eines Andern fortdauernd zu beschädigen, nicht wohl gedacht werden, sondern es kann hier

*) Es wird namentlich unterschieden, ob ich durch Anlagen auf meinem Eigenthum dem Nachbar blos Vortheile entziehe, die er ohne diese Anlagen hätte oder ob ich ihm positiven Schaden anrichte.

Die l. 24 cit. de damno infecto sagt:

Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio ædium, loci, operis damnum fit. Utputa in domo mea puteum aperio, quo aperto venæ putei tui præcisæ sunt: an teneat? Ait Trebatius, non teneri me damni infecti: neque enim existimari, operis mei vitio tibi damnum dari in ea re, in qua jure meo usus sum. Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stari non possit, damni infecti stipulatio committetur.

l. 26 cit.

Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, eum non teneri, veluti si juxta mea ædificia habes ædificia et ea jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cunicula vel fossa aquam meam avocas, quamvis enim et hic aquam meam abducas, et illic luminibus officias, tamen actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur.

Digitized by Google

nur von einer Erlöschung der obenerwähnten Klagerechte die Rede sein. Wenn gleich die Bestimmung des Satzes 674 unter die gesetzlichen Dienstbarkeiten gestellt ist, so hat sie doch streng genommen nicht diese Natur, indem sie nur das Recht gibt, eine Vorsichtsmaßregel zu verlangen, daß keine an sich unerlaubte Beschädigung eintreten kann, und es ist daher nur eine Erlöschung der betreffenden Klagen des berechtigten Nachbars denkbar. Hat nun eine Anlage 30 Jahre lang bestanden, ohne zu schaden, so mag man allerdings behaupten, daß die Klage auf Anwendung von Vorsichtsmaßregeln wegen eines möglichen Schadens verjährt sei. Ist aber wirklich ein Schaden eingetreten, so beginnt von der Zeit der jeweiligen Beschädigung die Klage aus L.R.S. 1382 und mit ihr die Klage auf Abwendung künftiger Beschädigung. Diese Klage dauert so lange, als die Beschädigung fortgeht und es verjährt nur derjenige Schadenersatz, der älter ist als 30 Jahre. Dagegen ist es gewiß unrichtig, wenn Manche aus Rücksichten des öffentlichen Interesses, auf welchem der Satz 674 beruhen soll, die Verjährung als unstatthaft darstellen wollen, denn jener Satz hat zunächst nur das Privatinteresse des Nachbars vor Augen. *) R.

---

*) Abweichend von diesen Grundsätzen sind die in den
Annalen 10. Jahrgang, S. 370,
Annalen 12. Jahrgang, S. 344,
mitgetheilten Entscheidungen.

Digitized by Google

XXV.

Ueber das Einspruchsverfahren. L.R.S. 1690.

(Fischer gegen Panther. Beintner gegen Kaufmann.)

Wenn bei Vornahme einer Vollstreckung in das Rechtsgebiet eines Dritten eingegriffen, d. h. wenn Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden, woran der Dritte Rechte hat, welche durch die Vollstreckung verletzt würden, so kann der Dritte

1) diejenige Klage erheben, welche ihm das Gesetz zur Verfolgung seines Rechts gewährt, z. B. die Eigenthumsklage, und sodann nebenbei, indem er den Grund seiner Klage bescheiniget, ausser dem Hauptgesuche der Klage, das Nebengesuch stellen, daß mit der Vollstreckung bis zur Entscheidung über die erhobene Klage eingehalten werde; oder er kann sich

2) auf das letztere Gesuch beschränken, d. h. er kann überhaupt nur die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens auf diesen Gegenstand verlangen.

Daß nun der Dritte den ersteren Weg einschlagen müsse, sagt unsere Pr.-O. nirgends und sie kann es auch vernünftiger Weise nicht gebieten, weil sonst häufig Jemand zum Klagen genöthiget würde, wo es gar nicht an ihm ist, eine Klage zu erheben, z. B. weil er sich im Besitze befindet, oder wo der Austrag des Anspruches darum unnöthig ist, weil noch andere Zugriffsmittel vorhanden sind.

Digitized by Google

Die Pr.-O. beschränkt sich darauf, in §. 959 Abs. 5 die Bescheinigung solcher Ansprüche als Einhaltsgrund zu bezeichnen, sodann in §. 1072 dasjenige Verfahren zu bestimmen, welches den Zweck hat, die Vollstreckung zu sistiren, und sie verlangt zu diesem Behuf nichts als die Bescheinigung der Ansprüche. Es handelt sich hiebei im Wesentlichen um nichts anderes als um eine einstweilige Verfügung, und was von dem Verhältniß des Gesuches um einstweilige Verfügung zum Streite über das Recht selbst, oder über die Hauptsache im Allgemeinen gilt, ist auch hier anwendbar.

Daraus folgt aber, daß da, wo nur eine Bitte um Einhalt vorliegt, und kein Streit über die Hauptsache durch eine Klage eingeleitet ist, der Richter auch nicht inzidenter sich auf einen Streit über die wirkliche Existenz des Anspruches einlassen darf. Er hat nur zu untersuchen, ob der Anspruch, so wie er behauptet wird, im Allgemeinen begründet, und die betreffenden Thatsachen bescheiniget seien. Im Verneinungsfalle ist die Bitte zu verwerfen, im anderen Falle ihr statt zu geben und den Betheiligten zu überlassen, sofort ein Verfahren einzuleiten, welches geeignet ist, einen Streit über die Hauptsache herbeizuführen, sofern es einer Entscheidung derselben überhaupt bedarf. Dagegen ist es höchst unpassend, in dem Verfahren welches nur eine einstweilige Verfügung zum Gegenstande hat, auf die Hauptsache einzugehen, Beweiserkenntnisse darüber zu erlassen u. dgl. Selbst eine Beweisauflage im Sinn der Novelle art. 7 findet hier nicht statt, wie in Sachen Beintner gegen Kaufmann vom II. Senat des Oberhofgerichts ausgesprochen wurde.

In Sachen Fischer gegen Panther erwirkte der Kläger im Vollstreckungsverfahren die Beschlagnahme und Zuweisung einer Forderung des Beklagten an Fridolin Huber. Nach erfolgter Einweisung des Klägers erhob die Ehefrau des Beklagten Einsprache gegen das Vollstreckungsverfahren auf diesen Exekutionsgegenstand, indem sie anführte: es sei zwischen ihr und ihrem Ehemann die Vermögensabsonderung erkannt, und es sei ihr bei dem Vollzug derselben die fragliche Forderung zur Befriedigung

Digitized by Google

ihrer Einbringens-Ansprüche an Zahlungsstatt von ihrem Ehemann in einer öffentlichen Urkunde abgetreten worden. Diese Abtretung habe auch der Schuldner in einer späteren (Privat-) Urkunde angenommen. Sie sei daher die rechtmäßige Inhaberin dieser Forderung und es könne nach diesen Vorgängen kein anderer Gläubiger des Mannes Befriedigung daraus ansprechen.

Es wurde von Seiten des Klägers die Rechtzeitigkeit dieser Einsprache beanstandet und die Rechtsbeständigkeit der Vermögensabsonderung unter Bezug auf die Sätze 1444, 1447 des L.R., sowie die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber dritten Personen unter Hinweisung auf Satz 1690 des L.R. bestritten.

In zweiter Instanz wurde diese Einsprache aus dem Grunde verworfen, weil die Vermögensabsonderung nicht gehörig und rechtzeitig in Vollzug gesetzt worden und daher ungültig sei.

Die Ehefrau ergriff die Oberberufung und hier hielt man es vor allen Dingen für unstatthaft, in diesem Verfahren incidenter über die Gültigkeit der Vermögensabsonderung zu entscheiden. Es wurde jedoch das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden

Entscheidungsgründen

vom Oberhofgericht II. Senat bestätiget:

Die Ehefrau des Beklagten gründet ihre Einsprache gegen das Vollstreckungsverfahren darauf, daß sie die Eigenthümerin derjenigen Forderung sei, welche dem Kläger an Zahlungsstatt zugewiesen wurde. Diese Einsprache ist zwar rechtzeitig erhoben worden, weil der Grund derselben darin beruht, daß die Vollstreckung in das Rechtsgebiet des Einsprechenden eingreift (§. 1072 Abs. 1 der Pr.-O.), und in diesem Fall die Einsprache so lange stattfindet, als dieser Eingriff noch abgewendet werden kann, während der §. 1074 der Pr.-O. nur dann Anwendung leidet, wenn die Einsprache aus der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hergeleitet wird. (§. 1072 Abs. 2 der Pr.-O.) Allein es fehlt der erhobenen Einsprache hinsichtlich des Rechts, welches dadurch geschützt werden soll, an der erforderlichen Begründung. Wenn auch das Einsprachsverfahren zunächst nur die Erörterung der

Digitized by Google

Frage bezweckt, ob mit der Vollstreckung eingehalten werden soll, dagegen aber eine definitive Entscheidung über das Recht, welches den Grund der Einsprache d. h. den Anlaß zu der Bitte um einstweilige Aussetzung der Vollstreckung bildet, einer besondern, regelmäßig im ordentlichen Verfahren zwischen sämmtlichen Betheiligten zu pflegenden Verhandlung vorbehalten bleiben muß, so ist dennoch die Bitte um Einhalt in dem Fall zu verwerfen, wenn sich aus der Einsprache selbst schon ergibt, daß der Rechtstitel auf den sich der Einsprechende stützt, einen wirksamen Anspruch nicht zu begründen vermag. Und dieses ist hier der Fall. Der Satz 1690 sagt nämlich ausdrücklich, daß man den Besitz einer abgetretenen Forderung gegen Dritte nur durch feierliche Bekanntmachung oder durch eine beweisende Urkunde des Schuldners, worin dieser die Uebertragung annimmt, erlange, und es wird allgemein angenommen, daß diese Bestimmung auch gegenüber den Gläubigern des Cedenten und zwar selbst dann gelte, wenn die Cession durch eine öffentliche Urkunde bewiesen sei,

Duranton droit civil, tom. IX. No. 498,

so, daß beim Mangel jener Erfordernisse des Besitzerwerbs der Rechtsnehmer seinen Anspruch nicht mit Wirksamkeit gegen die Gläubiger verfolgen kann.

Sirey, 1847. tom. I. p. 161.

Hieraus folgt, daß zur Begründung der Einsprache die Behauptung und Bescheinigung des einen oder anderen Erfordernisses der Besitzübertragung nöthig gewesen wäre, und daß insbesondere für die von der Klägerin behauptete Annahme des Schuldners diejenige Form hätte dargethan werden müssen, welche das Gesetz vorschreibt. Dieses aber versteht unter einer beweisenden Urkunde, wenn auch nicht, wie der Urtext, eine öffentliche, so doch immerhin eine solche Urkunde, die mit sicherem Tag und Jahr versehen ist. Letzteres Erforderniß fehlt aber der producirten Privaturkunde über die Annahme, und diese Urkunde kann, weil jenes Erforderniß für die Besitzübertragung durchaus wesentlich ist, nicht einmal als Bescheinigung gelten. Auch ist überall nicht behauptet worden, daß ein anderweiter Besitzergreifungsakt

Digitized by Google

stattgefunden habe. Hiernach erscheint die auf die Cession gestützte und daher von dem Erwerb des Besitzes der cedirten Forderung gegen Dritte, abhängende Einsprache als nicht gehörig begründet.

Die weiteren Einsprachsgründe sind ebenfalls unerheblich, da das behauptete Vorzugsrecht den Erlös der verkauften Liegenschaften nicht umfaßt und die Einsprache, soweit sie sich auf den Mangel anderweiter Zahlungsmittel stützt, als verspätet erscheint.

Aus diesen Gründen ꝛc. *)

R.

---

*) Duranton hatte in seinem Traité des Contrats III. Nr. 789 die Meinung aufgestellt, daß eine Signification der Abtretung dritten Personen gegenüber zur Besitzergreifung in dem Falle nicht nothwendig sei, wenn die Abtretung selbst in einer öffentlichen Urkunde geschehen sei, weil es keinen hinreichenden Grund gebe, bei der Cession einer Forderung andere Grundsätze in dieser Beziehung eintreten zu lassen, als beim Verkaufe einer Liegenschaft, und weil der Zweck des Gesetzes, Hintergehungen zu verhüten, durch den öffentlichen Cessionsakt erreicht sei.

An dem oben angeführten Orte bemerkt er jedoch, daß er glaube diese Ansicht verlassen zu müssen, weil die Praxis, sowie die allgemeine Meinung der Schriftsteller entgegen stehe. Man müsse eben diese Bestimmung als eine nicht gehörig begründete Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Eigenthumsübertragung betrachten. Man vergl. übrigens L.R.S. 1141.

Digitized by Google

XXVI.

Wiederherstellung und Einsprache wegen Nichtigkeiten.

(Issel gegen die Universität Freiburg. Huber gegen Andres und Nesselhauf. v. Menzingen gegen v. Menzingen.)

I. Vormünder führen die während der Minderjährigkeit des Mündels anhängig gewordenen Prozesse des letzteren nicht selten auch dann noch fort, nachdem der Mündel die Volljährigkeit erreicht hat, und das Gericht sowie die Gegenpartei, welche von dem Eintritt der Volljährigkeit keine Kenntniß haben, verhandlen mit dem Vormunde weiter, als ob er diese Eigenschaft wirklich noch hätte.

Wie steht es nun in diesem Falle mit der Gültigkeit der seit der Volljährigkeit vorgenommenen Prozeßhandlungen? Diese Frage ist beim Oberhofgericht bereits früher in Sachen Issel gegen die Universität Freiburg zur Sprache und Entscheidung gekommen. Nachdem der Vater des minderjährigen Klägers für diesen den Prozeß in zwei Instanzen geführt hatte, wurde demselben auch die Oberberufungsbeschwerdeschrift der Universität mit der Ladung zur mündlichen Rechtsausführung zugestellt, von ihm ein Anwalt zu diesem Zwecke bevollmächtiget und nach gepflogener mündlicher Rechtsausführung der Prozeß zum Nachtheil des Klägers entschieden. Nun trat der Sohn mit einer Wiederherstellungs-, beziehungsweise Nichtigkeitsklage gegen das oberhofg. Urtheil auf, welche er darauf stützte, daß er am Tage der Zustellung der

Oberaationsbeschwerdeschrift die Volljährigkeit erreicht gehabt habe, und daß daher die an den Vater ergangene Ladung sowie das weitere Verfahren und Urtheil, wegen Mangels der Befugniß des Vaters ihn zu vertreten, ungültig sei. Das Oberhofgericht gewährte diese Wiederherstellungsbitte, ordnete eine neue Tagfahrt zur Rechtsausführung an und fällte sodann ein dem früheren Urtheil geradezu entgegengesetztes Erkenntniß — nicht etwa deshalb, weil durch die wiederholte Verhandlung die Materialien der Sache sich in irgend einem Punkte geändert hatten, denn es konnte ja in 3. Instanz nichts Neues mehr vorgebracht werden, sondern eine inzwischen eingetretene Veränderung in der Person der Votanten hatte der entgegengesetzten Meinung die Stimmenmehrheit verschafft.

Dieselbe Frage kam in ähnlicher Weise in folgender Sache zur Berathung des Oberhofgerichts II. Senat. Die Beklagte, theils in eigenem Namen, theils als Vormünderin ihrer Tochter belangt, führte den Prozeß in beiden Eigenschaften in I. und II. Instanz. Während derselbe in zweiter Instanz anhängig war, wurde die Tochter volljährig. Nachdem das Urtheil gegeben, publizirt, purifizirt und bereits Vollstreckung gegen die Beklagten erkannt war, trat die Tochter mit einer Einsprache hervor, welche sie unter Anderem auch damit zu begründen versuchte, daß die Mutter wegen eingetretener Volljährigkeit ihres bisherigen Pfleglings nicht mehr bevollmächtiget gewesen sei, das Urtheil auch in der Tochter Namen publicationis loco in Empfang zu nehmen. Die Zustellung sei aber nur an die Mutter und nicht auch an die Tochter geschehen, und darum sei das Urtheil noch nicht rechtskräftig in Bezug auf die Tochter, könne daher gegen letztere auch nicht vollzogen werden. Auf diese Einsprache hin wurde in den beiden vorderen Instanzen die Vollstreckung sistirt, beim Oberhofgericht aber wurde diese Einsprache verworfen. Das Nähere ergibt sich aus folgenden

oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen.

Die von den Karthauswirth Nesselhauf'schen Eheleuten gegen die Vollstreckung erhobene Einsprache wurde nach ihrem Inhalte

Digitized by Google

und insbesondere nach der unterm 12. August gegebenen näheren Erläuterung desselben darauf gestützt:

1) daß das hofgerichtliche Urtheil vom 11. October 1844 nach seinem Rubrum nur gegen die Karthauswirth Andres Wittwe, nicht aber auch gegen deren Tochter ergangen sei, und daß daher die Güter der letzteren zum Vollzuge jenes Urtheils nicht angegriffen werden können. Es wurde zu diesem Zwecke nachzuweisen versucht, daß die zur Versteigerung ausgesetzten Güter schon vor dem Gerichtszugriff der Tochter in ihrem Ehevertrage übergeben worden seien. Es wurde

2) für den Fall, daß man nach den Gründen des hofgerichtlichen Urtheils annehmen sollte, daß dasselbe gegen die Wittwe Andres auch als Vormünderin der Impetrantin erlassen sei, geltend gemacht, daß das hofgerichtliche Urtheil der letzteren nicht zugestellt worden sei, obwohl sie damals schon die Volljährigkeit erreicht gehabt habe, weßhalb das Urtheil auch nicht auf die der Tochter gehörigen Liegenschaften vollzogen werden dürfe. Es kann sich daher bei der Beurtheilung dieser Einsprache nur darum handlen, ob diese beiden Voraussetzungen richtig und begründet seien. Der erste Einwand ist nun offenbar grundlos, da die Klage ausdrücklich nicht nur gegen die Mutter in ihrer Eigenschaft als Theilhaberin der Gemeinschaft, sondern auch gegen die Tochter als Erbin ihres Vaters, beziehungsweise gegen die Mutter in ihrer Eigenschaft als Vormünderin der minderjährigen Tochter gerichtet, und das Urtheil sowohl nach seinem Inhalte als nach seinen Gründen gegen sie in diesen beiden Eigenschaften erlassen wurde.

Anlangend den zweiten Einsprachsgrund, auf den es sofort allein noch ankommen kann, so erscheint derselbe ebenfalls als unerheblich. Es ist zwar richtig, daß die Nesselhauf'sche Ehefrau während der Anhängigkeit des Prozesses in II. Instanz die Volljährigkeit erreicht, und daß hiemit das vormundschaftliche Verhältniß der Mutter aufgehört hat, allein daraus folgt nicht, daß von diesem Augenblicke an alle Handlungen, welche der Vormund gegen Außen und mit dritten Personen in dieser Eigenschaft vornimmt, unbedingt

nichtig sind, vielmehr ist die Fortsetzung und Beendigung der von ihm angefangenen Geschäfte nach denjenigen Regeln zu beurtheilen, welche unter den gleichen Umständen bei dem Auftragsvertrag gelten (Satz 2009), und es müssen hiernach alle Prozeßhandlungen, welche der Vormund vorgenommen hat, zu Recht bestehen, so lange das Gericht und die Gegenpartei nicht von dem Aufhören der Vormundschaft in Kenntniß gesetzt worden sind. Einer Seits ist es nämlich Sache der nunmehr volljährig gewordenen Partei, die für sie angefangenen Geschäfte dem Vormund ab- und selbst in die Hand zu nehmen, und thut sie dieses nicht, so genehmiget sie dadurch stillschweigend die Fortsetzung derselben durch den Vormund. Die Anfechtung dieser in gutem Glauben vorgenommenen Handlungen hieße nichts anderes, als aus der eigenen Nachläßigkeit oder gar aus einem gefährdevollen Verhalten unter dem Scheine verletzter Formen Vortheil ziehen zu wollen, und die Erreichung solcher Vortheile wäre den ersten Rechtsgrundsätzen zuwider. Anderer Seits kann weder dem Gerichte noch der Gegenpartei zugemuthet werden, sich von dem Augenblick der eintretenden Volljährigkeit Kenntniß zu verschaffen, um nicht der Gefahr eines ungültigen Verfahrens ausgesetzt zu sein, sondern man darf erwarten, daß in diesem Fall der Volljährige sich selbst um seine Angelegenheiten kümmere und in den Rechtsstreit eintrete, falls er das bisherige Verhältniß nicht bis zur Beendigung des Prozesses fortbestehen lassen will. In gleichem Sinne hat auch das römische Recht ausdrücklich bestimmt, daß der Volljährige zwar den während seiner Minderjährigkeit angefangenen Prozeß selbst übernehmen könne, daß aber der Vormund, wenn dieses unterbleibt, nicht nur berechtiget sondern sogar verpflichtet sei, den anhängigen Prozeß fortzuführen, so lange er nicht Rechnung gestellt und den Volljährigen ausgeliefert hat.

l. 5 §. 6. l. 39 §. 12 D. 26, 7.
l. un. C. 5, 48.
l. 10. C. 7, 62.

Zudem haben aber auch die Nesselhauf'schen Eheleute nach der Publikation des hofgerichtlichen Urtheils an die Mutter Schritte

Digitized by Google

vor Gericht gethan, wodurch sie aufs deutlichste zu erkennen gaben, nicht nur, daß ihnen jenes Urtheil wohl bekannt sei, sondern auch daß sie dasselbe als gültig eröffnet ansehen wollten, weil sie nur unter dieser Voraussetzung ohne dolosen Hinterhalt in die ferneren Verhandlungen wegen der Eidesfähigkeit u. s. w. eintreten konnten.

Ist aber hiernach die Einsprache in der Art, wie sie erhoben wurde, unbegründet, so kann es auch nicht weiter darauf ankommen, ob die mit dem Ehevertrag verbundene Vermögensübergabe der Mutter an ihre Tochter die Befriedigung der auf diesem Vermögen haftenden Schulden (Satz 2092) vereitlen könne, oder ob nicht vielmehr die Uebernehmerin persönlich dafür einstehen müsse, und daher aus dieser Schenkung keine Einsprache gegen die Vollstreckung abzuleiten vermöge, sondern es mußte schon aus den oben angeführten Gründen die Einsprache verworfen und der unterliegende Theil nach §. 169 der Pr.=O. in sämmtliche Kosten verurtheilt werden.

II. Frau v. M. erwirkte gegen ihren Ehemann einen bedingten Zahlbefehl und nach Ablauf der darin festgesetzten Frist ein Liquiderkenntniß. Nachdem auch die Wiederherstellungsfrist abgelaufen und das Zugriffsverfahren eingeleitet war, erhob der Ehemann eine Wiederherstellungsklage, welche unter Anderem auch darauf gestützt wurde, daß die Ehefrau keine Ermächtigung gehabt habe, gegen ihren Ehemann klagend aufzutreten, daß also dieser nach den Sätzen 215 und 225 des Landrechts berechtiget sei, das Verfahren als nichtig anzufechten. Dieser Wiederherstellungsgrund wurde vom Oberhofgericht II. Senat deßhalb verworfen, weil der Ehemann gerade dadurch, daß er, zur Einsprache gegen den Befehl aufgefordert, diese unterlassen habe, stillschweigend die Ermächtigung ertheilt, und jedenfalls auch die von ihm aufgeworfene verzögerliche Einrede versäumt habe, da es seine Sache gewesen sei, die Ermächtigung zu ertheilen oder zu verweigern, beziehungsweise aus dem Mangel der Ermächtigung einen Einwand gegen den Zahlbefehl abzuleiten.

Digitized by Google

Anmerkung.

Bei dem unter I. erwähnten Rechtsfalle, Issel gegen Freiburg, drängt sich noch ein weiteres Bedenken auf. Die ganze Nichtigkeitsbeschwerde reduzirt sich darauf, daß der Anwalt, welcher für den Oberappellaten bei der mündlichen Rechtsausführung erschienen war, nicht von diesem selbst, sondern von seinem Vater bevollmächtiget worden war. Es ist keine Prozeßhandlung unterblieben, welche das Gesetz dem Oberappellaten zu seiner Vertheidigung gestattet, sondern sie wurde nur von einem, angeblich nicht berechtigten Anwalte vorgenommen. Es ist auch diese Prozeßhandlung an sich keine solche, deren Versäumung irgend einen Rechtsnachtheil zur Folge hat, oder m. a. W. es wird demjenigen, der die Rechtsausführung versäumt, nichts als Folge dieser Versäumung aberkannt, weßhalb auch die sonst statthafte Wiederherstellung durch §. 669 der Pr.=O. hier abgeschnitten ist. Das Erkenntniß, welches nach versäumter Rechtsausführung gegen eine Partei erlassen wird, gilt nicht als ein Versäumungserkenntniß, und es finden daher auch die bei solchen Erkenntnissen sonst zulässigen besonderen Rechtsmittel nicht statt. Wenn ferner bei Prozessen, die für Minderjährige und Mundlose geführt werden, die Rechtsausführungen versäumt werden, so haben sie aus diesem Grunde allein keine Wiederherstellungsklage, nam curia debet nosse jus. Diese setzt vielmehr voraus, daß solche Handlungen versäumt worden sind, deren Vornahme dem Streit in materieller Beziehung eine andere Sachlage gegeben hätte. §. 1254. 1265. Es muß z. B. der Vortrag einer Einrede, eines Beweismittels, oder ein Rechtsmittel u. dgl. unterlassen worden sein.

Sollte nun ein Volljähriger, der zwar nicht selbst zur Rechtsausführung geladen, für den sie aber dennoch durch einen Anwalt gehalten wurde, aus diesem Versehen die Nichtigkeit des Urtheils ableiten können?

Daß diese Frage nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts verneint werden müßte, unterliegt kaum einem Zweifel, und diese Verneinung scheint auch dem Geiste unserer Pr.=O. angemessen.

Digitized by Google

Nach gemeinem Rechte kann der mittelst einer Ordination, d. h. ohne Gehör über die vom Gegner ergriffene Appellation verurtheilte Appellat, aus dem alleinigen Grunde, weil er mit seiner Rechtsausführung nicht gehört worden sei, in keinem Falle das ergangene Urtheil angreifen.

Linde Rechtsmittel II. S. 143 ff.

Das gemeine Recht, der Formelkrämerei feind, läßt überhaupt nicht wegen jeder Verletzung einer Form eine Nichtigkeitsklage eintreten, sondern es muß nachgewiesen oder von selbst klar sein, daß die Verkümmerung des rechtlichen Gehörs mit dem nachtheiligen Erkenntnisse in einem ursachlichen Zusammenhange steht. Es muß der Partei ein unwiderbringlich Unrecht geschehen sein, was bei einer blos monitorischen Ladung nicht wohl möglich ist.

Martin Lehrbuch §. 13.

Auch unsere Pr.-O. hat so wenig als unser Landrecht dem Systeme gehuldiget, daß die Verletzung einer jeden Form, ohne Unterschied ihres möglichen Einflusses auf die Hauptsache, stetshin die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen soll, es muß vielmehr eine wesentliche Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens verletzt sein. Daß aber die Ladung zu einer bloßen Rechtsausführung bei der in den Materialien nichts Neues vorgebracht werden kann, keine wesentliche Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens sei, dürfte dadurch zur Genüge angedeutet sein, daß das Unterbleiben der Rechtsausführung selbst nicht als Wiederherstellungsgrund anerkannt ist. Um so weniger wird Nichtigkeit eintreten können, wenn die Rechtsausführung wirklich stattgefunden hat und nur der erschienene Anwalt nicht gehörig bevollmächtiget war. R.

XXVII.

Legitimation der Gantmasse im Streite der Gläubiger mit Separatisten.

(Schober gegen Müller.)

Schober und Müller bildeten eine Handelsgesellschaft, welche ihre Zahlungen einstellte, und es wurde sofort über die Handelsgesellschaft sowie über das Privatvermögen der Mitglieder derselben Gant erkannt. Die Handelsgläubiger verlangten die Separation des Handelsvermögens zu ihrer alleinigen Befriedigung und das Gantgericht entsprach diesem Begehren, indem es den Gesellschaftsgläubigern zunächst das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung zuwies, und ihnen zugleich die Befriedigung aus dem allgemeinen Vermögen der Gesellschafter zusprach, soweit sie dieselbe aus dem Handelsvermögen nicht erlangen würden.

Die gemeinen Gläubiger — die Minderzahl — ergriffen hiegegen durch den Gantanwalt die Berufung, und das mittelrheinische Hofgericht verwarf dieselbe, weil der Gantanwalt nicht legitimirt sei, die Appellation als ein Rechtsmittel der Gantmasse einzuführen, und zwar aus folgenden Gründen:

Gegen den Ordnungsbescheid des Oberamts Pforzheim vom 22. März 1845, insoweit dadurch sämmtliche im Ordnungsbescheid über die Handelsgesellschaft Schober u. Comp. (vom 20. März desselben Jahres) genannten Gläubiger mit den dort bezeichneten Forderungen fürsorglich auch in die Müller'sche Privatgant aufgenommen und hier in die 5. Ordnung gesetzt worden sind, wurde von Seiten des Gantanwalts der W. Müllerschen Gant-

Digitized by Google

masse das Rechtsmittel der Berufung angezeigt, und unter Vorlage einer von drei Gläubigern dieser Masse unterzeichneten Vollmacht dadurch zu rechtfertigen versucht, daß hinsichtlich des dem appellirenden Theile obliegenden Nachweises der Legitimation zur Sache die Behauptung aufgestellt wird, es bildeten jene drei Gläubiger mit Ausnahme derjenigen, gegen welche die Appellation gerichtet ist, die gesammte Gläubigerschaft der Müller'schen Masse und somit die Gantmasse selbst.

Dieser Schluß ist aber unrichtig, denn dadurch, daß gegen die Gläubiger der Handelsgesellschaft „Schober u. Comp.", welche (wie der Müller'sche Gantanwalt selbst behauptet und aus dem Protokolle vom 2. Juli 1844 und dem Ordnungsbescheid vom 22. März 1845 mit Bestimmtheit erhellt) zugleich Gläubiger der W. Müller'schen Gantmasse sind, von einem andern Theil dieser Gläubiger ein Rechtsstreit geführt wird, kann offenbar jenen Gläubigern, welche als Prozeßgegner der Uebrigen erscheinen, die Eigenschaft als Gläubiger der W. Müller'schen Gantmasse nicht entzogen werden. Sie haben diese Eigenschaft durch die Thatsache ihres Auftretens in der Müllerschen Gant, sowie durch das amtliche Urtheil erworben, und die Verschiedenheit der Interessen der Gläubiger unter sich kann wohl auf die Ordnung ihrer Ansprüche, nicht aber darauf einen Einfluß äußern, daß ein vorhandener Gläubiger seine Eigenschaft als solcher anders, als durch ein ihn abweisendes rechtskräftiges Urtheil verliere.

Da nun aber nach §. 919 der Pr.-O. der Gantanwalt als Vertreter der Gantmasse für diese, nur nach eingeholter Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger ein Rechtsmittel ergreifen kann, die überwiegende Mehrheit der Müller'schen Gantgläubiger aber (10 von 13) nach dem eigenen Vortrag des appellirenden Theils ihre Zustimmung zu dem Namens der Müller'schen Gantmasse ergriffenen Rechtsmittel nicht gegeben hat, so folgt hieraus von selbst, daß die Minderheit der Gläubiger, welche den Gantanwalt bevollmächtigt und durch diesen darzuthun versucht hat, daß sie die Mehrheit (beziehungsweise die Gesammtheit) der Müller'schen Gantgläubiger bilde, zur Ergreifung des vorliegenden

Digitized by Google

Rechtsmittels Namens der Gantmasse nicht befugt, und daher zur Sache nicht legitimirt sei.

Die weitere Frage dagegen, ob die Vollmachtgeber des Gantanwalts nicht wenigstens in ihrer Eigenschaft als Einzelgläubiger gegen den sie beschwerenden Ordnungsbescheid das angezeigte Rechtsmittel ausführen können, bedarf um deswillen keiner weitern Erörterung, weil der Richter nicht befugt ist, einem prozeßführenden Theile eine Parteirolle zuzutheilen, welche dieser nicht selbst freiwillig zu übernehmen sich veranlaßt sieht, im vorliegenden Falle aber die 3 den Gantanwalt bevollmächtigenden Gläubiger den Rechtsstreit keineswegs auf eigene Kosten, sondern lediglich als Vertreter der Gantmasse, mithin auf Rechnung der Letztern, fortführen zu wollen erklärt haben.

Hiernach erübrigt immer nur die eine, nach obiger Ausführung zu verneinende Frage, ob die appellirende Partei die Gantmasse sei, wofür sie sich ausgibt und Namens derer allein das vorliegende Rechtsmittel ergriffen worden ist.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der §§. 84, 87, 88, 92 und 169 der Pr.-O. mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Das Oberhofgericht änderte jedoch auf ergriffene Oberappellation dieses Urtheil dahin ab, daß der Gantanwalt als legitimirt und die Berufung der Gantmasse als zuläßig zu erachten, die Hauptsache aber zur weiteren Verhandlung und Entscheidung zurückzuweisen sei.

Die Gründe hiefür sind folgende:

Nach dem Inhalte der in voriger Instanz überreichten Beschwerdeschrift des Wilhelm Müller'schen Gantanwalts wird in materieller Beziehung namentlich darüber Beschwerde geführt, daß von dem Gantrichter eine besondere Gant über die Handelsgesellschaft zum Vortheile der das Bijouteriegeschäft betreffenden Gläubiger gebildet wurde. Die zu entscheidende Streitfrage ist also diese, ob den eben genannten Creditoren ein Separationsrecht ex jure crediti zustehe und demgemäß ein Partikularconkurs neben der allgemeinen Gant zu ihren Gunsten gebildet werden dürfe.

Digitized by Google

In diesem Streite sind einer Seits die sämmtlichen Universalgläubiger und anderer Seits die sämmtlichen Separatisten interessirt. Nach gemeinem Rechte werden diese beiden Gläubigerschaften als zwei getrennte Gemeinschaften angesehen, indem die Gläubiger des besonderen Conkurses mit denen der allgemeinen Gant nicht in Gemeinschaft stehen, sondern unter sich eine besondere von jener des Universalconkurses unabhängige Gemeinschaft bilden,

Gönner Handbuch des Prozesses 4. B. S. 531,

und es wird zu den Obliegenheiten des Massepflegers der allgemeinen Gant gerechnet, die Conkursmasse gegen die Ansprüche der Separatisten mit Hülfe des Massekontradictors zu vertreten.

Schmid Civilprozeß 3. B. S. 242 not. 37.

Es wird also der Austrag eines solchen Streites als eine Masseangelegenheit betrachtet und das gleiche Resultat läßt sich auch aus dem §. 840 Abs. 3 der Pr.-O. ableiten. Nach den Bestimmungen der Pr.-O. entspringt aber die Befugniß des Gantanwalts, in diesem Streite Namens der allgemeinen Gantmasse gegen die Separatisten aufzutreten, noch aus einem anderen Gesichtspuncte.

Dieselbe hat nämlich in Ansehung der sonst bestrittenen Frage, ob der Gantanwalt ein Vertreter des Gantmannes oder der Gesammtheit der Gläubiger sei, unzweifelhaft den letzteren Grundsatz angenommen, und die Thätigkeit des Gantanwalts nicht blos auf die Erklärung über die Richtigkeit der Forderungen beschränkt, sondern auch auf die Erklärung über die Existenz der Vorzugsrechte, welche Einzelne gegenüber der Gesammtheit der vorzugslosen Creditoren ansprechen, ausgedehnt, wozu er nach gemeinem Rechte einer besonderen Anweisung bedurfte. Der §. 829 der Pr.-O. sagt zwar hievon nichts, allein es folgt dieses aus anderen §§. zur Genüge. Der §. 868 bestimmt, daß ausser dem Gantanwalt jeder Gläubiger das Recht habe, Einreden gegen die Ansprüche Anderer, sowohl in der Hauptsache als wegen der Vorzugsrechte selbst dann vorzubringen, wenn der Anspruch in der Hauptsache und das Vorzugsrecht von dem Gantanwalt eingeräumt wurde. Diese Bestimmung setzt also nothwendig

Digitized by Google

voraus, daß dem Gantanwalt die Befugniß zur Einlassung auf die Vorrechte im Interesse der nicht bevorrechteten Creditoren zustehe. Wenn ferner ein einzelner Gläubiger kein Interesse an einer derartigen Bekämpfung hat, so kann er zwar nicht selbst als Gegner auftreten, aber dem Gantanwalt seine beabsichtigten Einwendungen anzeigen, von welchem es sodann abhängt, ob er davon Gebrauch machen will. §. 869, 870. Endlich gibt der §. 919 der Pr.-O. dem Gantanwalt ausdrücklich das Recht, gegen solche Theile eines Lokationserkenntnisses ein Rechtsmittel zu ergreifen, bei deren Abänderung die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger betheiliget ist, worunter also namentlich ein Streit gegen solche Gläubiger verstanden wird, die ein nicht anerkanntes Vorzugsrecht ansprechen. Darum ist auch in §. 920 nur dem Gemeinschuldner selbst das Recht, in anderen als Liquiditätsstreitigkeiten zu appelliren, abgesprochen.

Nun ist aber der Streit über den Anspruch einer Absonderung ex jure crediti seinem wahren Wesen nach nichts anderes als ein Streit über ein Vorzugsrecht, indem die Separatisten aus gewissen Vermögenstheilen, die eine Gesammtheit bilden, eine vorzügliche Befriedigung mit Ausschluß der Universalgläubiger begehren. Das Landrecht behandelt deßhalb auch ein derartiges Absonderungsrecht wie ein anderes Vorzugsrecht, und gibt dem Separatisten die Befugniß, sein Vorrecht, soweit es Liegenschaften berührt, durch Eintrag sogar jedem Dritten gegenüber zu wahren, L.R.S. 2111. Es muß daher in Ansehung der Prozeßlegitimation bei diesem Streite ganz dasselbe gelten, wie beim Anspruch auf Vorrechte vor den andern Gläubigern überhaupt.

Kann es nun aber nach dem Bisherigen keinem Zweifel unterliegen, daß der vorliegende Rechtsstreit ein solcher ist, dessen Führung in das Gebiet des Gantanwalts der Universalmasse gehört, so kann es sich nur noch darum fragen, ob dieser Anwalt auch von den Gegnern im Prozesse, nämlich den Separatisten die Ermächtigung haben müsse, gegen sie aufzutreten, weil dieselben eventuell — falls nämlich die abgesonderte Masse nicht ausreicht — auch im allgemeinen Conkurse ihre Befriedigung suchen

Digitized by Google

dürfen. In der vorigen Instanz wurde angenommen, daß die Appellaten, gegen welche in ihrer Eigenschaft als Separatisten die Berufung gerichtet ist, ungeachtet dessen auch in der Eigenschaft als Universalgläubiger, somit in der Stelle der Appellanten functioniren und den Gantanwalt autorisiren oder ihm die Autorisation zum Prozesse verweigern können.

Ein solches gleichzeitiges Auftreten in der Doppeleigenschaft als Appellant und Appellat widerspricht jedoch einem der ersten Prozeßgrundsätze, wonach Kläger und Beklagter zwei verschiedene Personen sein müssen, und so wenig die Separatisten einer Seits in dieser ihrer Eigenschaft und anderer Seits in ihrer Eigenschaft als Universalgläubiger einen Vertrag oder einen Vergleich mit sich selbst abschließen, beziehungsweise durch ihre zufällige Mehrheit die Minderheit der Universalcreditoren zu einem solchen Vertrage nöthigen können, ebensowenig kann ihre Stimme bei gegenwärtigem Prozesse — nam judicio contrahitur — auf Seiten der allgemeinen Gantmasse eine Geltung haben, wie denn überhaupt auch im Civilrecht bei einer solchen Doppeleigenschaft der bekannte Grundsatz gilt, daß Niemand auctor in rem suam werden dürfe. Hierüber wäre gewiß auch kein Zweifel entstanden, wenn zufällig nur ein Gläubiger ein derartiges Vorzugsrecht gegenüber den vorzugslosen oder Universalgläubigern geltend gemacht hätte, allein der Umstand, daß es deren mehrere sind und ihre Zahl die der Universalgläubiger übersteigt, kann an dem Grundsatze um so weniger eine Aenderung bewirken, als die Pr.-O. zur Gültigkeit eines Beschlusses nicht das Erscheinen einer bestimmten Zahl von Gläubigern erfordert. Da nun die in der Stelle der Appellanten allein betheiligten Universalgläubiger mit der Führung des Prozesses einverstanden sind, so erscheint der Gantanwalt als legitimirt zur Ergreifung der Appellation für die allgemeine Gantmasse. R.

Digitized by Google

XXVIII.

Ehenichtigkeit wegen Unvermögen.

(Karst gegen Karst.)

So wenig als aus dem Code selbst läßt sich aus den Berathungen darüber der bestimmte Wille des Gesetzgebers in Ansehung der Frage erkennen, ob das Unvermögen eines Ehegatten, wenn es schon vor der Ehe bestand, als Nichtigkeitsgrund gelten soll.

Grolman Handbuch II. B. S. 32 ff.

Dagegen wurde bei dieser und bei anderen Gelegenheiten viel darüber gesprochen, daß eine Untersuchung des Unvermögens ebenso schwierig als unanständig und deßhalb möglichst zu umgehen sei. Aus diesem Grunde wurde denn auch bei der Verläugnungsklage in den Art. 312, 313, das Unvermögen, welches auf der natürlichen Schwäche beruht, von demjenigen unterschieden, welches seinen Grund in einer Mißbildung oder Zerstörung der Geschlechtstheile hat. Nur die letztere kann eine Verläugnungsklage begründen, weil hier die äußere Erkennbarkeit der Impotenz die Beweisführung weniger schwierig und unanständig macht. Daraus folgt nun jedenfalls so viel als gewiß, daß man auch da, wo es sich um Ehenichtigkeit handelt, das Eheunvermögen nur dann berücksichtigen darf, wenn es auf Mißbildung oder Verletzung der Geschlechtstheile beruht, denn die Gründe, aus welchen die natürliche Schwäche nicht berücksichtiget werden soll, sind so allgemeiner Natur, daß es auf den Zweck der Untersuchung der Impotenz nicht ankommen kann, vielmehr ganz gleichgültig ist, ob eine solche Untersuchung wegen Ehenichtigkeit oder wegen

Digitized by Google

der Verläugnung eines Kindes angeordnet werden soll. Deßwegen läßt auch

Zachariä III. B. S. 12 Note 7.

eine Nichtigkeitsklage wegen Unvermögen nur dann zu, wenn dasselbe eine Folge von Mißbildung oder Verletzung der Geschlechtstheile ist. Aber selbst mit dieser Beschränkung ist die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage noch manchem Zweifel unterworfen, und wenn auch die Mehrheit der Ausleger annimmt, daß unter dem Irrthum über die Person auch ein Irrthum über die zum Zwecke der Ehe wesentliche Eigenschaft des Zeugungsvermögens begriffen sei, so hat doch diese Ansicht ihre Gegner gefunden. Gerade in solchen Fällen ist es nun der Absicht unseres Gesetzgebers gewiß angemessen, wenn wir die Lücke des Landrechts aus den Bestimmungen der Eheordnung auszufüllen suchen, und wenn wir daher diesen Nichtigkeitsgrund, weil er in der Eheordnung als solcher aufgestellt ist, wenigstens in soweit anerkennen, als es mit den Bestimmungen des Landrechts über die Untersuchung des Eheunvermögens überhaupt verträglich ist. Die Eheordnung hat auch bei der Verläugnungsklage (§. 30) ganz dieselbe Unterscheidung zwischen den Ursachen des Unvermögens gemacht, wie das Landrecht. Weniger klar sind ihre deßfallsigen Bestimmungen im §. 8, der vom Eheunvermögen handelt.

Nun kann aber eine Mißbildung der Geschlechtstheile von der Art sein, daß sie zwar nicht den Vollzug des Beischlafes, wohl aber die Fruchtbarkeit desselben unmöglich macht, und wenn anders dieser Umstand erwiesen ist, so wäre das Bedenken möglich, ob die Unfruchtbarkeit des Beischlafes oder nur die absolute Unfähigkeit zur Vornahme desselben einen Nichtigkeitsgrund abgeben könne. Dasselbe kam in folgendem Fall zur Sprache.

Die Ehefrau des K. verlangte die Ehetrennung wegen Impotenz ihres Mannes. Es stellte sich auch heraus, daß seine Geschlechtstheile abnorm gebildet waren, so daß zwar die Vollführung des Beischlafes nicht ausgeschlossen, aber hinsichtlich der Möglichkeit der Kindererzeugung vom Physicat ausgesprochen war, daß eine solche schwerlich oder gar nicht stattfinden könne. Bei

Digitized by Google

dieser Lage der Sache verwarf das Hofgericht die Klage theils darum, weil die Ehefrau schon länger als sechs Monate vor Erhebung der Klage von dem Gebrechen des Mannes Kenntniß gehabt habe, theils wurde in den Entscheidungsgründen weiter bemerkt, daß das Unvermögen des Ehemannes nach dem Zeugniß der Aerzte keineswegs in der Weise bestehe, wie die Klägerin zur Unterstützung ihres Begehrens behaupte, da der Beklagte nur zur Kindererzeugung, keineswegs aber zur Ausübung des ehelichen Beiwohnungsaktes unfähig sei.

Das Oberhofgericht II. Senat nahm an,

1) daß die Impotenz in der oben angegebenen Beschränkung als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden könne;

2) daß nicht nur die Unmöglichkeit des Beischlafes an sich, sondern auch die Unmöglichkeit einer Fruchtbarkeit desselben als Nullitätsgrund gelte, denn eine sittlich würdige Anschauung des Instituts der Ehe gebiete, daß man die Unmöglichkeit zu einem fruchtbaren Beischlafe, wenn sie in obiger Weise äußerlich erkennbar ist, gleich der Unfähigkeit zum Beischlafe überhaupt als Nichtigkeitsgrund gelten lasse. Nicht die Befriedigung der Wollust, sondern die Möglichkeit der Kindererzeugung, die Befriedigung des edlern Triebes Nachkommen zu haben, müsse in Anschlag gebracht werden, wenn man dem Gesetzgeber nicht unterstellen wolle, daß er die Befriedigung der Geschlechtslust als die Hauptsache und die Fortpflanzung nur als Nebensache betrachtet habe.

3) Von einer Erlöschung der Klage könne hier keine Rede sein, weil der Anfangspunkt des Laufes der sechs Monate nur jener Moment sein könnte, wo die Ehefrau Gewißheit über die Unfruchtbarkeit des Beischlafes erlangt habe, dieser Moment aber nicht auszumitteln sei.

Inzwischen fand man für nothwendig, ein bestimmteres Gutachten von den Gerichtsärzten zu verlangen, und da dieses zum Nachtheil der Klägerin ausfiel, so wurde das hofgerichtliche Urtheil aus diesem letzteren Grunde bestätiget. R.

Digitized by Google

XXIX.

Appellation gegen Erkenntnisse über die Ablehnung eines Schiedsrichters.

(Disch gegen die Schifffahrtsassecuranz.)

Die Frage, ob gegen ein Erkenntniß über die Ablehnung eines Schiedsrichters ein Rechtsmittel ergriffen werden könne, wurde von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises verneinend, vom Oberhofgericht aber bejahend beantwortet, wie sich aus folgenden Entscheidungsgründen im Näheren ergibt.

I. Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Beim Stadtamte Mannheim wird ein Rechtsstreit über die Frage geführt, ob die Beklagte schuldig seie, zur Bestellung eines Schiedsgerichtes mitzuwirken, welches über einen von der Beklagten bestrittenen Entschädigungs-Anspruch des Klägers entscheiden solle. Es ist unterm 3. September 1846 ein jetzt rechtskräftiges Urtheil nach dem Verlangen des Klägers erlassen worden. Der Kläger ernannte hierauf den Buchhändler Hoff, die Handelskammer in Mannheim den Kaufmann Blezinger zu Schiedsrichtern. Gegen jenen Vorschlag machte die Beklagte, gegen diese Ernennung der Kläger Einwendungen. Der Unterrichter wies unterm 22. April l. J. die Einsprache der Beklagten als unbegründet zurück, gab aber jener des Klägers Statt, und verwarf den zum Schiedsrichter vorgeschlagenen Handelsmann Blezinger als unzulässig.

Gegen diese Verfügung hat die Beklagte die Berufung ausgeführt, indem sie dadurch sich für beschwert hält, daß die Ableh-

Digitized by Google

nung des Buchhändlers Hoff verworfen, dagegen die vom Kläger geschehene Ablehnung des Kaufmannes Blezinger für statthaft erklärt worden ist.

Dieses Rechtsmittel ist jedoch nicht zuläßig. Das Gesetz stellte es als Regel auf, daß die Berufung Statt finde gegen richterliche Entscheidungen, welche den Streitgegenstand zuerkennen oder absprechen.

Pr.=O. §. 1172.

Eine solche Entscheidung enthält aber die angefochtene Verfügung nicht. Gegenstand des Streites ist allein die Verbindlichkeit der Beklagten zur Bildung eines Schiedsgerichtes mitzuwirken.

Hierüber enthält jener amtliche Bescheid keinerlei Verfügung. Es bildet derselbe vielmehr lediglich eine das Verfahren leitende Verfügung, gegen welche ein Rechtsmittel nur in der Art Statt findet, daß erst mit der Appellation gegen das Endurtheil die Beschwerde verbunden werden kann;

Pr.=O. §. 390.

gegen welche ferner das Rechtsmittel der Beschwerdeführung (Pr.=O. §. 1244) sogleich zuläßig ist, wenn die Partei die Gefahr bescheiniget, daß ihr dadurch ein Nachtheil zugehen würde, welcher bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte.

Art. 3. d. Pr.=Nov. (§. 391.)

Das Rechtsmittel der Berufung findet darum nicht Statt, eine Entscheidung, für die auch die Rechtsähnlichkeit des Pr. §. 74 angerufen werden kann, wonach gegen das Erkenntniß über die Ablehnung des öffentlichen Richters kein Rechtsmittel stattfindet.

Es wurde darum das ergriffene Rechtsmittel als unzuläßig verworfen unter Verurtheilung der Appellantin zu den Kosten des II. Rechtszuges.

II. Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die von dem Großherzoglichen Hofgerichte für unzuläßig erkannte Appellation des beklagten Theils ist gegen ein stadtamtliches Erkenntniß gerichtet, durch welches der klagender Seits

Digitized by Google

ernannte Schiedsrichter Buchhändler Hoff mit Verwerfung der gegentheiligen Ablehnungsgründe zugelassen, dagegen der beklagter Seits vorgeschlagene Schiedsrichter, Handelsmann Blezinger, in Folge der klägerischen Ablehnung, als nicht zulässig verworfen wurde.

Die Frage, ob gegen ein solches Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation an den höhern Richter stattfinde, kann bei Ermanglung eines besondern gesetzlichen Ausspruches hierüber nach der Rechtsähnlichkeit des §. 74 der Pr.=O., welcher gegen die Entscheidung über die Ablehnung des ordentlichen Richters keinerlei Rechtsmittel gestattet, nicht entschieden werden. Denn abgesehen davon, daß es für den Gesetzgeber bei Erlassung der verwandten Bestimmungen der §. 198 und 199 der Pr.=O. sehr nahe gelegen wäre, die Anwendbarkeit des §. 74 auf Entscheidungen über die Ablehnung der Schiedsrichter ausdrücklich zu verfügen, wenn er dieses gewollt hätte, und daß aus der ausnahmsweisen Bestimmung des §. 199 gerade das Gegentheil einer solchen Absicht gefolgert werden kann; so sind diese Entscheidungen von jenen, auf welche sich der §. 74 der Pr.=O. bezieht, in mehrfacher Beziehung wesentlich verschieden. Während nämlich über die Gründe der Ablehnung des ordentlichen Richters, obgleich das von ihm zu erlassende Urtheil dereinst in der Regel durch das Rechtsmittel der Appellation angefochten und beseitigt werden kann, nach Maaßgabe der §§. 72 — 73 der Pr.=O. in allen Fällen eine Collegialstelle und zwar der betreffende Gerichtshof im vollen Rathe entscheidet; so wird dagegen das Erkenntniß über die Ablehnung eines Schiedsrichters, dessen Urtheil einer Anfechtung im Wege der Appellation zu Folge §. 207 der Pr.=O. nur ausnahmsweise unterliegt, in Gemäßheit der Vorschrift des §. 199 der Pr.=O. in der Regel von dem zuständigen Unterrichter, also von einem Einzelrichter, erlassen.

Die Frage über die Zulässigkeit der Appellation gegen ein derartiges Erkenntniß muß daher nach den hieher gehörigen allgemeinen Bestimmungen des Prozeßrechtes entschieden werden.

In dieser Beziehung hat nun zwar der §. 1172 der Pr.=O. im Allgemeinen die Regel aufgestellt, daß die Appellation nur

Digitized by Google

gegen Urtheile stattfinde, auf welche ein Streitgegenstand, dessen Werth die Appellationssumme erreicht, zuerkannt oder abgesprochen wird.

Auch enthalten die §§. 390 und 391 der Pr.=O. die weitere Bestimmung, wornach gegen prozeßleitende Verfügungen ein Rechtsmittel nur in der Art stattfindet, daß erst mit der Appellation gegen das Endurtheil die Beschwerde verbunden werden kann, das Rechtsmittel der Beschwerdeführung aber gegen solche Verfügungen ausnahmsweise nur dann zulässig ist, wenn die Partei die Gefahr eines ihr zugehenden Nachtheils bescheinigt, welcher mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr beseitigt werden könnte. Von einer Verbindung der deßfallsigen Beschwerde mit der dereinstigen Appellation gegen das Endurtheil kann jedoch in dem gegenwärtigen Falle darum nicht die Rede sein, weil gegen dieses Urtheil, welches nicht vom Stadtamte Mannheim, sondern von dem vorerst noch zu bildenden Schiedsgerichte gefällt werden soll, nach Art. 20 des hier maaßgebenden Assecuranzvertrages überhaupt keine weitere Berufung dereinst stattfinden wird.

Es müßte daher, wenn die Ansicht richtig wäre, daß es sich um eine bloße prozeßleitende Verfügung handle, gegen welche keine selbstständige Appellation stattfinde, jedenfalls das Rechtsmittel der Beschwerdeführung sofort für zulässig erachtet werden; indem gerade hiemit die Gefahr eines mit der Appellation gegen das Endurtheil dereinst nicht mehr zu beseitigenden Nachtheils, welcher der betheiligten Partei durch die beschwerende Verfügung zugehen könnte, dargethan sein würde.

Allein die von dem Großherzoglichen Hofgerichte adoptirte Ansicht, das angefochtene stadtamtliche Erkenntniß sei eine bloße prozeßleitende Verfügung und eine selbstständige Appellation dagegen unzulässig, läßt sich keineswegs rechtfertigen.

Durch das angefochtene Erkenntniß wurde die Vorfrage, insoweit solche unter den Parteien bestritten war, entschieden: aus welchen Personen das Schiedsgericht, von welchem der Streit über die Entschädigungsansprüche des Klägers zu verhandeln und durch endgültiges Urtheil zu erledigen ist, zu bestehen habe. Die

Digitized by Google

Entscheidung dieser Frage ist aber für das dereinstige Erkenntniß in der Hauptsache von der wesentlichsten Bedeutung, indem die Rechtsbeständigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens und Erkenntnisses durch die Voraussetzung bedingt ist, daß die als Schiedsrichter funktionirenden Personen in gesetzlicher Weise ernannt, daß sie zur Ausübung des Schiedsrichteramts im vorliegenden Falle fähig und nicht mit Recht von der einen oder andern Partei, wegen etwaiger Befangenheit oder aus einem andern zulässigen Grunde abgelehnt worden sind. Die von Seite der Parteien gegen die Personen einzelner Schiedsrichter zum Zwecke ihrer Ablehnung vorgebrachten Einwendungen gehören daher in die Klasse derjenigen verzögerlichen Einreden, welche von dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen für die Rechtsbeständigkeit des (einzuleitenden schiedsgerichtlichen) Verfahrens hergenommen sind, und es findet auf das stadtamtliche Erkenntniß, insofern damit die erhobene Einsprache verworfen wurde, die Bestimmung der §§. 302 und 1175 No. 2 der Pr.-O. ihre Anwendung, wornach gegen solche Erkenntnisse das Rechtsmittel der Appellation, der mangelnden Appellationssumme ungeachtet, alsbald zulässig ist.

Insoweit aber durch das angefochtene Erkenntniß der klägerischen Einsprache gegen den beklagter Seits vorgeschlagenen Schiedsrichter Blezinger stattgegeben, und dieser Schiedsrichter als unzuläſſig verworfen wurde, muß das ergangene Erkenntniß, wodurch dem beklagten Theil das wichtige Recht der Ernennung eines Mitgliedes für das bildende Schiedsgericht nach eigener Wahl entzogen werden würde, jenen Erkenntnissen beigezählt und in seinen Folgen gleich geachtet werden, welche über die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des Richters einen entscheidenden, die Rechtsbeständigkeit des weiteren Verfahrens bedingenden Ausspruch enthalten. Auch in dieser Richtung erscheint demnach die eingeführte Appellation nach Ansicht des §. 1175 No. 1 und 2 der Pr.-O. als statthaft und die oberappellantische Beschwerde als begründet. R.

Digitized by Google

XXX.

Nachträge zu Nummer V. dieses und S. 531 ff. des IX. Jahrganges.

A. Zu Nummer V.

(In jure confessio.)

(Becker gegen Schober.)

Was wir Seite 61 ff. und auch Seite 156 über die Natur und die verschiedenen Arten des gerichtlichen Geständnisses, namentlich in Bezug auf die in jure confessio, und die hier zulässigen Rechtsmittel gesagt haben, hat durch den Inhalt des inzwischen erschienenen 7. Bandes von Savigny's römisches Recht seine Bestätigung erhalten. Man vergleiche insbesondere §. 308. Es ist hier überall nur von einer Restitution und von einem Widerrufe bei der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, nicht aber von einer Appellation die Rede, und es sind die wesentlichsten Grundsätze, als in der Natur der Sache und nicht blos im positiven Rechte liegend, dargestellt worden. Auch das Oberhofgericht hat im zweiten Senate i. S. Becker gegen Schober sich nunmehr definitiv darüber ausgesprochen, daß in denjenigen Fällen, wo ein Anspruch in erster Instanz anerkannt und darauf hin eine Verurtheilung erfolgt sei, der Beklagte nicht das Recht habe, die Berufung zu ergreifen, um auf diesem Wege, durch Vorbringen von Neuheiten, das in erster Instanz gemachte Anerkenntniß wieder zu beseitigen und in zweiter Instanz einen Rechtsstreit anzufangen, während in der ersten ein solcher gar nicht vorhanden war. Eine wörtliche Mittheilung der Entscheidungsgründe können wir unterlassen, da sie im Wesentlichen nur eine Entwicklung des l. c. schon erörterten Grundsatzes enthalten.

R.

Digitized by Google

B. Zu S. 531 ff. des 9. Jahrgangs.
(Competenz=Conflict.)

Die Jahrbücher enthalten in ihrem 9. Jahrgang der neuen Folge Seite 531 bis 542 eine in Sachen des Freiherrn von Pappus gegen den Großherzoglichen Domänenfiscus ergangene oberhofgerichtliche Entscheidung vom 17. März 1847, durch welche ausgesprochen wurde, daß zur Entscheidung der vom Freiherrn von Pappus eingereichten Klage, auf welche der vordere Instanzrichter, von der Ansicht ausgehend, daß der Streit sich zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden eigne, die Ladung versagt hatte, allerdings die bürgerlichen Gerichte zuständig seien, insoweit nämlich diese Klage das Begehren der von Pappus'schen Familie verfolge, daß eine, von Domdekan Leonhard von Pappus mittelst eines Testamentes vom Jahr 1666 für kirchliche Zwecke des Collegiatstifts zu Constanz, und bei etwa eintretender Verarmung von Familienmitgliedern des Stifters auch für Unterstützung dieser errichtete, früher von besagtem Stifte verwaltete, von dem Großherzoglichen Fiscus aber nach dem in Folge des Lünneviller Friedens von 1801 und des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 geschehenen Anfall des Fürstbisthums Constanz an Baden, nach hierauf erfolgter Aufhebung des Collegiatstifts im Jahr 1808 incamerirte Stiftung, in ihrem Fortbestande als Stiftung erhalten werde, und daher der Großherzogliche Domänenfiscus das incamerirte Stiftungsvermögen in der Art wieder herauszugeben habe, daß dasselbe als eine besondere Stiftung nach den über die Verwaltung der Stiftungen bestehenden Gesetzen und Verordnungen verwaltet werde.

Zugleich wurde an allegirtem Orte des Competenzconflictes erwähnt, welchen das die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden behauptende Großherzogliche Finanzministerium erhoben hat, und die spätere Mittheilung der damals noch ausstehenden Entscheidung über diesen zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Gerichte entstandenen Conflict zugesagt.

Das inzwischen vom Großherzoglichen Staatsrath gefällte,

Digitized by Google

von Großherzoglichem Staatsministerium zum Vollzuge hinausgegebene, mit dem Oberhofgericht die Zuständigkeit der Gerichte anerkennende Erkenntniß lautet so:

„In Sachen des Freiherrn von Pappus zu Augsburg gegen den Großherzoglichen Fiscus, Herausgabe einer Stiftung betreffend, wird die von Großherzoglichem Finanzministerium gegen die gerichtliche Zuständigkeit erhobene Einsprache für unbegründet, und die Gerichte zur Entscheidung des Rechtsstreites für zulässig erklärt. Beschlossen im Großherzoglichen Staatsrath zu Carlsruhe den 10. März 1848.

Nebenius. Christ."

Die von der oberhofgerichtlichen l. c. mitgetheilten Begründung des gleichen Ausspruchs theilweise abweichenden Entscheidungsgründe des Großherzoglichen Staatsraths sagen nach vorausgeschickter Zusammenstellung der Verhandlungen:

„Man wird bei der Prüfung der Sache vor Allem von der Natur einer Familienstiftung ausgehen und untersuchen müssen, ob eine solche dem öffentlichen oder dem Privatrechte angehöre, da von dieser Frage die Zulässigkeit der Klage bei den Gerichten abhängig ist. Eine reine Familienstiftung nun, d. h. eine solche, bei welcher die Nutzung oder der Ertrag des Stiftungsgutes den Familienangehörigen zugewiesen wird, gehört dem Privatrechte rücksichtlich ihrer Entstehung und ihres Zweckes an, da sie dem Privateigenthum der Familie entnommen wurde, für die Familie bestimmt ist, und die Absicht, sowie die Verfügungsweise des Stifters (vermöge z. B. eines letzten Willens) mit dem öffentlichen Rechte nichts gemein hat. Davon wesentlich verschieden ist der Schutz, dessen sich die Stiftungen zu erfreuen haben, und dieser Schutz gehört dem öffentlichen Rechte an. Dieses öffentliche Recht sorgt für die Erhaltung der Stiftungen, und übernimmt zu diesem Zwecke die Aufsicht, besonders, wie in vorliegendem Falle, wenn die Stiftung nicht eine reine Familienstiftung, sondern eine solche ist, welche Zwecke des öffentlichen Rechtes mit enthält, hier die Stiftung einer Caplanei mit der Unterstützung der Fa-

Digitized by Google

milie. Dieser öffentliche Zweck nun, welcher mit dem Privatinteresse der Familie in der Stiftung vereinigt ist, macht die Stiftung nicht zu einer reinen öffentlichen, welche sie dem Privatrechte entzöge, da die Familienvorsorge neben dem öffentlichen Zwecke besteht, und sogar, wenn der Fall der Verarmung eintritt, als dem öffentlichen Zwecke vorgehend, in der Stiftungsurkunde dargestellt ist."

„Aus dem Bisherigen dürfte folgen, daß der Familie Privatrechte auf die Stiftung zustehen, und es sind auch diese Rechte von der spätern Gesetzgebung (§. 63 des Reichshauptschlusses vom Jahr 1803) sowie von dem Großherzoglichen Fiscus anerkannt worden."

„Dieses Privatrecht im Allgemeinen zugegeben, wird es sich ferner darum fragen, ob das Recht, das durch die Klage verfolgt wird, ob nämlich das Begehren, das Pappus'sche Stiftungsvermögen gleich anderm Stiftungsvermögen verwalten zu lassen, ein privatrechtliches sei. Dieß scheint wirklich zweifelhaft, und noch zweifelhafter die für die privatrechtliche Eigenschaft vom Großherzoglichen Oberhofgericht und dem Großherzoglichen Justizministerium beigebrachten Gründe. Jene Behörde sagt in ihren Entscheidungsgründen: „Es handle sich lediglich darum, ob die durch den letzten Willen der Familie von Pappus verliehenen privatrechtlichen Ansprüche durch die Einziehung der Stiftung verletzt seien." Allein diese Gründe scheinen sich nur auf die (erst im Fall etwaiger Familienverarmung, aber jetzt noch nicht in Anspruch zu nehmende) Unterstützung der Familie durch das Stiftungsvermögen beziehen zu können, nicht aber auf das (jetzt in Frage stehende) Klagbegehren, daß die Stiftung gleich andern Stiftungen verwaltet werde. Die Frage nämlich, wer der Anverwandten und wann, einen Anspruch auf das Stiftungsvermögen habe, bleibt dieselbe, ob der Staat oder eine Stiftungsbehörde das Stiftungsvermögen verwalte."

„Auch das Gr. Justizministerium hebt, wie das Oberhofgericht, diesen Fall der Familienunterstützung als privatrechtlich hervor und baut darauf die weitere Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit."

Digitized by Google

„Die Hauptbeschwerde der Klage geht vorzugsweise gegen die Einziehung der Stiftung durch den Staat. Es muß sich also darum fragen, ob diese Einziehung richterlicher Beurtheilung unterworfen werden dürfe. Das Großherzogliche Finanzministerium sagt, daß der Staat, indem er diese Stiftung einzog, lediglich im Kreise des öffentlichen Rechtes gehandelt, eine rein staatsrechtliche Verfügung und Anordnung getroffen habe."

„Wenn diese Ansicht richtig ist, so ist damit zugleich die richterliche Unzuständigkeit ausgesprochen. Die beiden Gewalten, die der Regierung und die der Gerichte, bewegen sich in einem verschiedenen Kreise auf eine von einander unabhängige Weise, welche Unabhängigkeit nicht bestehen kann, wenn die Handlungsweise der einen von der Handlungsweise der andern Gewalt abhängig gemacht werden könnte. Allein dieselbe Unabhängigkeit setzt auch voraus, daß jede dieser Gewalten prüfen dürfe, ob der Gegenstand zu ihrer Züständigkeit gehöre, womit zugleich ausgesprochen ist, daß sie auch prüfen dürfe, ob die Zuständigkeit der andern Gewalt nicht überschritten sei. Der Richter wird also im gegebenen Falle seine Thätigkeit nicht schon deßhalb einzustellen haben, weil die Regierung behauptet, in ihrem Rechte gehandelt zu haben, da das Recht der einen Gewalt nicht schon durch eine bloße Behauptung der andern beschränkt werden kann. Dieß auf unsern Fall angewendet, muß man aber sagen, daß der Einzug der Stiftung zwar von der Regierung, aber nicht kraft eines ihr zustehenden Rechts geschehen sei, weil §. 65 des Reichshauptschlusses entgegensteht. Darnach sind:

> „fromme und milde Stiftungen, wie jedes Privateigenthum zu erhalten, bleiben jedoch der landesherrlichen Aufsicht und Leitung untergeben."

Was von dieser Art von Stiftungen gilt, wird um so mehr von mit Familienrechten gemischten Stiftungen gelten müssen. Uebereinstimmend mit diesem Gesetze hat das badische Recht noch weiter besondere Stiftungsvorstände errichtet, welchen die Verwaltung des Stiftungsvermögens gesetzlich übertragen ist."

„Als nun die Collegiatkirche, wovon die Pappus'sche Stiftung

einen Bestandtheil ausmachte, in Folge des Reichshauptschlusses aufgelöst wurde, so hatte die Regierung diese Stiftung auszuscheiden, und entweder das ganze Stiftungsvermögen an die Stiftungsbehörde abzutreten oder aber, wenn sie z. B. der Ansicht gewesen sein sollte, daß ihr die Erträgnisse der Stiftung gebührten, weil sie den Hauptzweck der Stiftung durch von ihr besoldete Geistliche besorgen lasse, die Ausfolgung des Vermögens unter dieser Bedingung geschehen zu lassen."

„War hiernach die Regierung zum Einzug der Stiftung nicht berechtiget, so kann die richterliche Zuständigkeit durch die bloße Behauptung, der Staat habe innerhalb seiner staatlichen Befugniß gehandelt, ebensowenig beanstandet, als irgend ein Recht durch eine entgegenstehende Behauptung schon deßhalb beseitigt werden kann."

„Allein wenn auch der Staat kein Recht zum Einzug der Stiftung hatte, steht deßhalb dem Kläger ein vor den Gerichten verfolgbares Recht zu, die Herausgabe der Stiftung verlangen zu können? Man kann nämlich sagen, daß die Frage, welcher Behörde das Verwaltungsrecht der Stiftungen zustehe, eine reine Verwaltungsangelegenheit sei, und sich deßhalb nicht vor die Gerichte eigne. In vorliegendem Falle verwaltet nun die Regierung die Pappusstiftung und es könnte scheinen, daß dem Kläger darauf kein Recht zustehe, daß diese Verwaltung von der Regierung auf eine Stiftungsbehörde übergehe. Auch scheint zu diesem Schritte dem Kläger das Interesse zu fehlen, wenn man bedenkt, daß der Staat immer zahlbar ist, während ein gleiches von der Stiftungsbehörde nicht behauptet werden kann. Fehlt aber das Interesse, so fehlt das Klagrecht (point d'intérêt, point d'action)."

„Allein dennoch hat die entgegengesetzte Ansicht mehr für sich: der Kläger nämlich, weil ihm irgend ein bestimmtes Privatrecht auf die Stiftung zusteht, und zwar ein solches Recht, wornach ihm seiner Zeit das ganze Stiftungsvermögen eigenthümlich überwiesen werden müßte, ist also hochbetheiligt bei der Verwaltung der Stiftung, und es steht ihm die Befugniß zu verlangen zu, daß, wenn ihm als Familienstiftung die Verwaltung nicht ge-

Digitized by Google

bühre, wenigstens dieselbe demjenigen gegeben werden solle, den das Gesetz als Verwalter der Stiftungen aufstellt. Da der Staat nicht als zur Verwaltung berechtigt erscheint, so ist er hierin ein Dritter, und wie dem Kläger unzweifelhaft zustände, von einem Dritten die von diesem angemaßte Verwaltung abzuverlangen, so wird ihm diese Befugniß auch dem Großherzoglichen Fiscus gegenüber zustehen, ohne daß es bei dieser formellen Frage auf seine stete Zahlungsfähigkeil irgendwie ankommen könnte."

„Mit dem Dasein des Privatrechts von Seite des Klägers, was ihm der Großherzogliche Fiscus selbst nicht widerspricht, steht ihm die Befugniß zu, daß die Verwaltung nur demjenigen zugesprochen werde, den das Gesetz als Verwalter aufstellt, ohne daß Kläger zu irgend Jemand Anders wegen seiner Zahlungsfähigkeit Vertrauen zu haben braucht, und also auch nicht zu dem Großherzoglichen Fiscus, den der Kläger als betheiligt bei der Verwaltung betrachten kann."

Anmerkung des Einsenders:

Nachdem der Erstinstanzrichter (das Großherzogliche Hofgericht des Seekreises) sich auf die rechtliche Beurtheilung der auf Herausgabe des Stiftungsvermögens an die Stiftungsbehörde gerichteten Klagbitte noch gar nicht eingelassen, sondern lediglich nur die Vorfrage geprüft und entschieden hatte, ob die Klage bei dem bürgerlichen Richter oder bei der Administrativbehörde des Staats zu erheben sei, konnte und durfte das Oberhofgericht nach dieser Lage der im Appellationsweg an dasselbe erwachsenen Acten ebenfalls nur die Competenzfrage, nämlich allein nur die Frage prüfen: hat darüber, ob die Familie v. P. durch die Incamerirung der von Pappusschen Stiftung in den ihr durch das Testament ihres Verwandten von 1666 verliehenen Rechten als verletzt erscheint oder nicht, und ganz abgesehen davon ob das eine oder das andere wirklich der Fall ist, der bürgerliche Richter, oder die Staatsverwaltungsbehörde zu entscheiden.

Digitized by Google

Die Beantwortung dieser Frage kann aber (eben weil erst noch festgesetzt werden soll, wem die Zuständigkeit zur Prüfung und Entscheidung der Klage in materieller Hinsicht zukommt, und weil diese materielle Entscheidung dem Forum, das als zuständig erkannt wird, sei es das des bürgerlichen Richters oder das der Verwaltung, vorbehalten bleiben muß) unmöglich davon abhängen, ob die Klage selbst materiell begründet ist oder nicht.

Es dürften daher auch die Entscheidungsgründe des Großherzoglichen Staatsraths in der Beziehung zu weit gehen, wenn sie vorzugsweise auch darauf mit die Competenz der Gerichte begründen, weil einerseits die Regierung zur Incamerirung der von Pappus'schen Stiftung gar nicht berechtigt gewesen sei, und weil anderseits dem Kläger unzweifelhaft zukomme, die vom Großherzoglichen Fiscus verweigerte separate Verwaltung des Stiftungsvermögens nach Maßgabe der über die Verwaltung von Stiftungen bestehenden Gesetze zu verlangen. — Dieß ist über die materielle rechtliche Begründung der Klage selbst schon entschieden, während doch gerade die Entscheidung hierüber erst durch vorherige Erledigung des zwischen dem Großherzoglichen Oberhofgericht und dem Großherzoglichen Finanzministerium entstandenen Competenzconflictes entweder an den bürgerlichen Richter oder an die Administration verwiesen werden soll.

Die über die Competenzfrage sowohl vom Großherzoglichen Oberhofgericht, als auch dem Großherzoglichen Staatsrathe übereinstimmend ergangene Entscheidung ist daher auch wohl nur durch die dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß vom 17. März 1847 allein zu Grunde liegende, und (wie sich aus obstehender Mittheilung ergibt) auch von Großherzoglichem Justizministerium für maßgebend erachtete Erwägung begründet:

1) Daß die Familie von Pappus ihre Ansprüche auf das in Frage stehende Vermögen und dessen Verwaltung auf einen rein-privatrechtlichen Act, das Testament des Leonhard von Pappus vom Jahre 1666 begründet,

2) daß hiernach nach Inhalt dieses privatrechtlichen Titels, und nach der rechtlichen Natur der durch denselben der Familie

von Pappus auf die Verlassenschaft des Testators verliehenen Vermögensrechte an sich, und somit in jeder Hinsicht nach den Bestimmungen und Normen des Civilrechts entschieden werden muß, ob der Großherzogliche Fiscus, als Rechtsnachfolger des durch oft erwähntes Testament in den Besitz des mit Pappus-schen Familienansprüchen belasteten Vermögens des Testators gekommenen Collegiatstiftes, durch die Incamerirung dieses Vermögens die ausdrücklich durch §. 65 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 in ihrer Eigenschaft als Privatrechte aufrecht erhaltenen Ansprüche desjenigen verletzt hat, welcher, neben dem Großherzoglichen Fiscus, Rechte an jenes Vermögen und dessen Verwaltung auf den für beide Berechtigte bestehenden Rechtstitel, das Testament von 1666, begründet, und daß endlich

3) die Entscheidung über einen derartigen privatrechtlichen Anspruch auch nicht ausnahmsweise durch ein besonderes Gesetz dem Forum der bürgerlichen Gerichte entzogen ist.

Diese Erwägungen rechtfertigen wohl auch vollkommen die in den Motiven des Großherzoglichen Staatsraths in Zweifel gezogene, die Competenz des bürgerlichen Richters deshalb behauptende Stelle der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe „weil es sich der Sache nach lediglich darum handle, ob durch die Incamerirung des Fonds die der Pappus'schen Familie durch das Testament von 1666 verliehenen privatrechtlichen Ansprüche verletzt seien oder nicht."

Ist es nämlich wirklich, wie in den Motiven des Großherzoglichen Staatsraths angenommen werden will, um jenen Satz der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe als zweifelhaft darzustellen, für die im Testamente von 1666 der Familie des Klägers zugesicherte, unter gewissen noch nicht eingetretenen Voraussetzungen geltend zu machende Unterstützungsansprüche ganz gleichgültig, ob der Fond, bis jene Voraussetzungen eintreten, in Händen des Großherzoglichen immer zahlbaren Domänenfiscus bleibt oder von einer besondern Stiftungsbehörde verwaltet wird, und sollten hiernach auch durch die Incamerirung des Fonds die Ansprüche, welche das Testament der Familie von Pappus gibt,

Digitized by Google

nicht verletzt sein, und folgeweise dem Kläger kein rechtliches Interesse zur Seite stehen, die Herausgabe in die Hände einer Stiftungsbehörde zu verlangen, so kann doch mit allem dem der Satz, daß der bürgerliche Richter wegen der civilrechtlichen Natur des erhobenen Anspruchs competent sei, nicht in Zweifel gezogen, sondern daraus nur so viel gefolgert werden, daß die Klage vom zuständigen Richter, wenn dieser gefunden ist, abgewiesen werden muß, während der vom Großherzoglichen Staatsrathe für seine Entscheidung geltend gemachte, oben schon hervorgehobene Grund, daß der Fiscus zur Incamerirung des Fonds kein Recht gehabt habe, und das Testament den Kläger berechtige, die separate Stiftungsverwaltung zu verlangen, wieder nicht zur Auffindung des competenten Richters führen würde, sondern nur zur Verurtheilung des Fiscus durch den zuständigen Richter, wenn dieser gefunden ist. *)

Bohm.

*) Wir können nicht umhin, die Bemerkung beizufügen, daß die staatsräthlichen Entscheidungsgründe auch uns nach Inhalt und Form nicht geeignet erscheinen, die des Oberhofgerichts und des Justizministeriums zu ersetzen. Es ist insbesondere auffallend, wie man sich in die Erörterung und Entscheidung der hauptsächlich streitigen und erst durch das Endurtheil zu beantwortenden Frage einlassen konnte, um aus der hierüber ausgesprochenen Ansicht die Gründe für die Vorfrage der richterlichen Zuständigkeit zu unternehmen. R.

Digitized by Google

XXXI.

L.R.S. 466, 840. Klagenhäufung. Remissorien.

(Güntert gegen Güntert.)

A.

Es herrschen bekanntlich sehr verschiedene Meinungen über die Frage, ob in denjenigen Fällen, wo nach den Sätzen 466 und 840 des L.R. eine Theilung nur als fürsorglich gelten soll, jeder Interessent oder nur derjenige, zu dessen Gunsten die verletzte Förmlichkeit vorgeschrieben ist, auf eine endgültige Theilung klagen könne? Es behaupten

1) viele Schriftsteller z. B. Chabot ad art. 840, Favard v. Partage provisionel, Malpel Nr. 318, Poujol ad art. 840, daß nur die Minderjährigen u. s. w., in deren Interesse die verletzten Förmlichkeiten vorgeschrieben seien, in Gemäßheit des Satzes 1125 eine neue Theilung begehren können. Für diese Ansicht kann nach unserm Landrecht auch noch der Satz 6 a angeführt werden, welcher ganz allgemein verfügt, daß Nichtigkeiten, die das Gesetz im Interesse einzelner Staatsbürger einführt, nur allein von diesen geltend gemacht werden können.

2) Delvincourt (tome II. p. 356 note 4) und Zachariä IV. B. S. 114 gestatten jedem Miteigenthümer oder Miterben die Klage auf endgültige Theilung, denn — sagt der letztere — es sei hier nicht von einer Richtigkeitsklage oder von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (von einem anfechtbaren Geschäfte), sondern von der Aufhebung einer Theilung die Frage, welche das Gesetz schlechthin als eine blos vorläufige bezeichne. (Lex non

Digitized by Google

distinguit, ergo etc.) Ein ganz anderer Fall sei der, wenn der Minderjährige die vorläufige Theilung als solche kraft der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angreife. Auf diesen Fall und nur auf diesen Fall sei der Art. 1125 anwendbar.

3) In einer Entscheidung des Cassationshofes vom Jahr 1839 (Sirey tom. 39 S. 615) ist die oben erwähnte Ansicht im Allgemeinen als richtig anerkannt, jedoch die, solche wesentlich modifizirende Unterscheidung gemacht worden, ob aus der Theilung klar hervorgehe, daß die Parteien eine endgültige Theilung vornehmen wollten, oder ob diese Absicht nicht ausgesprochen sei. Im letzteren Fall sei anzunehmen, daß sie nur fürsorglich haben theilen wollen, und es könne daher jeder von ihnen eine endgültige Theilung fordern. Im ersteren Falle dagegen könne nach Art. 1125 nur der Minderjährige u. s. w. auf Theilung klagen.

4) Duranton endlich unterscheidet, ob die Theilung von dem Minderjährigen selbst ohne den Vormund, oder ob sie von dem Vormund für den Minderjährigen vorgenommen worden sei. Im ersteren Falle sei der Art. 1125 anwendbar, und der Minderjährige allein könne das Geschäft anfechten. Im zweiten Falle aber könne jeder Betheiligte auf Vornahme einer endgültigen Theilung klagen.

In der oben erwähnten Rechtssache hat das Hofgericht des Seekreises in den Entscheidungsgründen sich für die Ansicht von Zachariä ausgesprochen, indem es die angebliche Verletzung einer Form, die nur das Interesse des Beklagten bezwecken konnte, welche aber der Kläger hervorhob, um die Theilung als eine fürsorgliche darzustellen, als einen zuläßigen Klaggrund betrachtete und auf Vornahme einer neuen Theilung erkannte. Es sollte nämlich der Beklagte, zur Zeit der Theilung noch minderjährig, nicht durch einen besonderen und gehörig verpflichteten Vormund in Gemäßheit der Sätze 420b und 838 vertreten gewesen sein.

Beim Oberhofgericht dagegen sah man diesen angeblichen Mangel der Vertretung als gar nicht vorhanden an, und es wurde daher in

den Entscheidungsgründen obige Frage übergangen. Indessen wurde bei der Berathung von einem Votanten

5) die Ansicht geltend gemacht, daß allerdings jeder Betheiligte eine endgültige Theilung fordern könne, wenn in der Form ein Versehen unterlaufen sei, wegen dessen die Theilung nur als fürsorglich gelte, daß jedoch derjenige Interessent, zu dessen Vortheil die Form vorgeschrieben sei, die neue Theilung dadurch abwenden könne, daß er die fürsorgliche Theilung als eine endgültige anerkennt. Die Gründe für diese Ansicht sind folgende:

Wenn eine Theilung mit gänzlicher Uebergehung eines der Interessenten von den übrigen Betheiligten vorgenommen wird, so ist die Theilung in der Art ungültig, daß jeder eine neue Theilung begehren kann.

Dieser Satz ist zwar in dieser Allgemeinheit nirgends in unserem Gesetzbuche ausgesprochen, allein der Satz 1078, welcher von der elterlichen Theilung handelt, sagt ausdrücklich, daß die Uebergehung eines Kindes die Theilung ungültig mache, und daß nicht nur das übergangene Kind, sondern auch diejenigen Kinder, welche durch die Theilung bedacht wurden, eine neue Theilung begehren können. Ist nun diese Bestimmung eine Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf einen einzelnen Fall, so, daß wir aus dieser speziellen Anwendung auf die Regel zurückschließen müssen, oder hat der Gesetzgeber hier eine Ausnahme von einer allgemeinen, entgegengesetzten Regel machen wollen? Für das Letztere kann schlechthin kein haltbarer Grund aufgefunden werden. Dagegen sprechen sehr erhebliche Gründe dafür, daß bei einer Theilung, welche das Gesetz auch nur wegen eines Interessenten für ungültig erklärt, jeder Interessent eine neue Theilung begehren kann.

Wenn eine Theilung kraft Gesetzes ungültig ist, d. h. schlechthin keine Wirkung hat, und nicht bloß anfechtbar ist, d. h. in so lange zu Recht besteht, bis sie angefochten wird, wie dieses z. B. bei einer Verletzung der Fall ist, so dauert die Gemeinschaft unter den Miterben nothwendig und thatsächlich fort, und keiner der Miterben hat das ausschließliche Eigenthum an den ihm zu-

Digitized by Google

gewiesenen Erbschaftsstücken erlangt. Es ist also der Zweck der Theilung, die Aufhebung des Miteigenthums, gar nicht erreicht, und es bedarf keiner Umstoßungsklage, um die Gemeinschaft wieder herzustellen, sondern weil diese noch fortbesteht, ist es lediglich die Theilungsklage, welche hier erhoben werden kann. Würde man nun diese Klage blos dem einen Miteigenthümer gestatten, so würde man die übrigen zwingen, in Gemeinschaft zu bleiben, so lange es jenem nicht beliebt, die Theilung zu fordern. Damit käme man aber in den größten Widerspruch mit dem Hauptgrundsatze, daß jeder Theilhaber berechtiget sein soll, die Aufhebung der Gemeinschaft zu fordern, und es ist gewiß sehr weise und folgerichtig von dem Gesetzgeber; wenn er jedem Theilhaber das Recht gibt, den ungewissen und prekären Zustand durch die Theilungsklage zu beseitigen. Wie aber, wenn das übergangene Kind verzichtet oder erbunwürdig ist? In diesem Falle sagt Zachariä IV. B. S. 391 Note 2 gewiß mit Recht, daß nunmehr die Theilung aufrecht zu erhalten sei, weil der verzichtende Erbe so angesehen wird, als wäre er niemals Erbe gewesen. Es würde also die Theilungsklage, welche eines der bedachten Kinder gegen die übrigen erhebt, dadurch beseitiget, daß das übergangene Kind erklärt, es verzichte gänzlich auf die Erbschaft. Aehnlich verhält es sich nun in dem Falle, wenn bei der Theilung eine Form verletzt wurde, die wegen eines der Interessenten hätte beobachtet werden sollen. Das Gesetz sagt durchaus nicht, daß eine solche Theilung ein anfechtbares Rechtsgeschäft sei, daß also das Miteigenthum zwar aufgehoben, diese Aufhebung aber umgestoßen werden könne, sondern es sagt mit dürren Worten das Gegentheil. Die Theilung soll fürsorglich sein, d. h. sie soll zwar eine Theilung des Genusses auf unbestimmte Zeit und bis zur Vornahme einer endgültigen Theilung herbeiführen, allein das Miteigenthum soll nicht aufgehoben sein. Diejenigen, welche behaupten, die Theilung sei hinsichtlich des Minderjährigen fürsorglich und hinsichtlich der übrigen endgültig, behaupten eine juristische Unmöglichkeit, weil eine und dieselbe Theilung nicht fürsorglich und endgültig zugleich sein kann.

Digitized by Google

Man kann nicht sagen: A. ist ausschließlicher Eigenthümer der ihm zugewiesenen Erbschaftsstücke geworden, aber dem B. steht noch ein Miteigenthum und das Recht auf Theilung an denselben zu. Besteht aber die Gemeinschaft des Eigenthums hinsichtlich aller Betheiligten fort, so muß man aus den oben angeführten Gründen auch jedem derselben die Theilungsklage einräumen. Jedoch kann diese Klage dadurch beseitiget werden, daß derjenige, in dessen Interesse die verletzte Form vorgeschrieben war, die Theilung als eine endgültige anerkennt, denn der Zweck, die Gemeinschaft aufzuheben, ist dadurch erreicht, und die übrigen Interessenten haben nun kein weiteres Interesse, daß eine nochmalige endgültige Theilung vorgenommen werde. Die Genehmigung des Minderjährigen, wenn sie nach erreichter Volljährigkeit geschieht, wirkt rückwärts, sie ist die stillschweigende Suspensivbedingung der Endgültigkeit, sofern die Interessenten, was natürlich immer vorausgesetzt wird, überhaupt die Absicht hatten, eine definitive und nicht blos eine fürsorgliche Theilung vorzunehmen, was sich indessen nicht aus den Formen, sondern aus dem Inhalt der Theilung ergeben muß. Da nun im obigen Fall der Minderjährige die Theilung als endgültig anerkannte, so hatte der Gegentheil nicht weiter einen Grund zur Erhebung der Theilungsklage.

B.

Der Zweck der in obiger Sache erhobenen Klage gieng zunächst und hauptsächlich dahin, die Theilung als eine fürsorgliche darzustellen, und demgemäß auf eine endgültige Theilung zu dringen. In so weit ist diese Klage, wie oben gezeigt, keine Anfechtungs- oder Umstossungsklage, sondern sie ist nichts anderes als eine Theilungsklage, welche sich darauf stützt, daß eine Gemeinschaft des Eigenthums zur Zeit noch bestehe, und daß der Zustand des provisorischen Genusses einzelner Erbschaftsstücke aufhören soll. Der Einrede, daß schon getheilt sei, ist dadurch vorgebeugt worden, daß man die Theilung nur als eine fürsorgliche darzustellen suchte. Eventuell wurde aber auch die Umstoßung der Theilung wegen Ver-

Digitized by Google

kürzung verlangt, also mit der Theilungsklage eventuell eine Klage auf Umstoßung einer Theilung gehäuft.

Das Amt hatte beide Klagen abgewiesen, das Hofgericht dagegen auf den Grund der ersteren Klage auf Vornahme einer Theilung erkannt, und es ist deßwegen auf die Prüfung der zweiten Klage nicht weiter eingegangen.

Das Oberhofgericht sah die erste Klage mit dem Unterrichter für unbegründet an, und es entstand nun die Frage: ob in höchster Instanz auf Prüfung der Umstoßungsklage eingegangen werden könne, nachdem solches in der II. Instanz noch nicht geschehen sei.

Für die Verneinung dieser Frage wurde Folgendes geltend gemacht:

Der letzte Zweck beider Klagen sei zwar derselbe, nämlich Vornahme einer Theilung der Erbschaft, dennoch aber seien zwei wesentlich verschiedene Klagen in derselben Klageschrift geltend gemacht worden. Die erstere setze voraus, daß eine Gemeinschaft des Eigenthumes zur Zeit noch bestehe, die andere aber, daß diese Gemeinschaft aufgehoben sei und wegen Verletzung wieder hergestellt werden soll. Sei die erstere begründet, so könne von der zweiten nicht weiter die Rede sein. Abgesehen von der Zulässigkeit einer solchen Vereinigung jener Klagen in einer Klagschrift, behufs der gleichzeitigen Verhandlung, könne diese gleichzeitige Verhandlung in keinem Falle die Folge haben, daß hinsichtlich der einen Klage eine Instanz übersprungen und vom Oberhofgericht darüber erkannt werde, wenn in II. Instanz kein Erkenntniß darüber vorliege.

Aus diesem Grund wurde auch vom Oberhofgericht die Umstoßungsklage nicht abgeurtheilt, sondern die Sache in dieser Beziehung an das Hofgericht zurückgewiesen. R.

Digitized by Google

XXXII.

Ueber die Einwerfung nachgelassener Zinse.

(Reich gegen Mäder.)

Wenn der Erblasser einem seiner Erben ein Vermächtniß zugewendet hat, so kann man nach allgemeinen menschlichen Vermuthungen gewiß als Regel annehmen, daß es nicht die Absicht des Erblassers war, der Erbe solle dieses durch letzten Willen erhaltene Geschenk in die Masse wieder einwerfen, daß er vielmehr, wenn dieses auch nicht ausdrücklich gesagt ist, dem Erben einen Voraus außer seinem Erbtheil geben wollte. Diese Vermuthung ist namentlich dann wohl begründet, wenn das Legat in vertretbaren Sachen z. B. Geld besteht, denn was sollte denn sonst das ganze Legat für eine Bedeutung haben? Bei speziell bestimmten Stücken z. B. einer Liegenschaft, könnte man etwa noch annehmen, es sei die Absicht des Testators gewesen, dieses Stück in das Loos des betreffenden Erben zu bringen, ohne jedoch im Uebrigen die Gleichheit der Loose aufheben zu wollen. Allein auch hier wird die Vermuthung für die Absicht einer Begünstigung durch einen Voraus die natürlichere sein, wenn der Erblasser nicht bestimmt hat, daß der Werth der geschenkten Sache im Loose angerechnet werden soll.

Deßwegen sagt auch

Vangerow Pandekten II. 406

in Beziehung auf das röm. Recht: es sei unbegreiflich, wie man die l. 20 C. de collat. mitunter dahin habe verstehen können, daß auch Vermächtnisse konferirt werden müßten, denn der Erblasser, welcher dem Erben durch letzten Willen ein Vermächtniß

Digitized by Google

aussetze, könne doch unmöglich der Meinung sein, daß das so Ausgesetzte wieder in die Masse eingeworfen werden soll!

Indessen verfügt der Satz 843 des Landrechts mit aller Bestimmtheit, daß auch Vermächtnisse einzuwerfen seien, wenn sie dem Erben nicht ausdrücklich mit der Entbindung von der Einwerfung gegeben worden seien.

Man kann zwar mit

Grenier des donat. II. 482,

Zachariä Civilrecht IV. S. 128 n. 5,

den Zweifel aufwerfen, ob es nicht besser gewesen sein würde, dem Erben die Verbindlichkeit zum Rückbringen überall nicht aufzulegen, weil die Worte der l. 1, D. de collat. „hic titulus manifestissimam aequitatem habet“ nur auf die Collatio des altrömischen Rechtes anwendbar seien. Allein die entgegengesetzte Bestimmung ist einmal vorhanden, und mag auch das Zuwenden eines Vermächtnisses schon für sich allein noch so klar die Absicht des Testators verrathen, daß der Erbe von der Einwerfung frei sein soll, so kann doch diese Vermuthung nicht genügen, eine Entbindung von der Einwerfung anzunehmen, weil eine solche Beweisführung die Anwendbarkeit des Gesetzes in allen Fällen aufheben würde. Demnach scheint es auch, daß Zachariä l. c. nicht Unrecht hat, wenn er sagt: „den Grund des Rückbringens finden die Ausleger des C. c. in der gesetzlichen Vermuthung, daß der Erblasser nicht den einen Erben vor dem Anderen begünstigen wollte. Jedoch dürfte dieser Grund vielmehr darein zu setzen sein, daß in einer Gemeinschaft der Einzelne sich nicht auf Kosten der Uebrigen bereichern darf. Einige Vorschriften der Gesetze lassen sich offenbar besser auf den letzteren als auf den ersteren Grund zurückführen, z. B. Art. 846, 852, 856. Aehnlich sagt

Boileux commentaire I. p. 516,

die Einwurfspflicht stütze sich weniger auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers als auf Billigkeit; man habe es für gerecht gehalten, bei der Theilung die Rechtsgleichheit in Schutz zu nehmen.

Bedarf es nun aber auch noch in dem Falle einer besonderen Bestimmung des Erblassers über die Befreiung von der Einwer-

Digitized by Google

fung, wenn ein Erbe Summen an ihn schuldet, und ihm diese Schuld im Testament nachgelassen wird? Hier stützt sich die Verbindlichkeit des Erben, seine Schuld in die Masse zu bezahlen, nicht unmittelbar auf das Gesetz und auf seine Eigenschaft als Erbe, sondern sie fließt schon aus seiner Eigenschaft als Schuldner, und es hätte der Bestimmung des Satzes 829, daß der Erbe die in die Masse schuldigen Summen einwerfen müsse, gar nicht bedurft. Wenn nun der Erblasser verfügt, daß eine solche Schuld nachgelassen sein soll, so sagt er eigentlich nur in anderen Worten: der Erbe soll die Verbindlichkeit nicht haben, die schuldige Summe in die Masse zu bezahlen. Er befreit ihn von einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit. Kann aber aus einem anderen Grunde, nämlich aus der kraft Gesetzes bestehenden Verbindlichkeit, die Schenkungen und Vermächtnisse einzuwerfen, und weil der Nachlaß der Schuld eine Freigebigkeit ist, die Zahlung dennoch gefordert werden, wenn der Erblasser nicht auch diesen Grund, der den Erben nicht als Schuldner, sondern als Beschenkten berührt, ausdrücklich aufgehoben hat?

In dem oben angeführten Rechtsfalle hatte der Erblasser mehrere einwurfsfreie Legate vermacht und sodann in §. 8 des Testamentes bestimmt:

> „Von dem Capital ad 700 fl., welches mir mein Bruder „Andreas Mäder schuldet, soll derselbe die bedungenen „Zinse erst von meinem Todestage an bezahlen, die jetzt „schon verfallenen und die bis zum Todestag noch verfal„lenden schenke ich ihm ganz;"

Daß der Erbe von der Einwerfung als Beschenkter entbunden sein soll, war nicht gesagt. Die Miterben verlangten aus diesem Grunde die Einwerfung der Zinse und der Beklagte wurde auch in I. Instanz verurtheilt.

In den beiden höheren Rechtszügen — Hofgericht des Oberrheinkreises und Oberhofgericht I. Senat — wurde aber die Klage abgewiesen. Das Hofgericht stellte zur Rechtfertigung des Erkenntnisses zwei Gründe auf, einmal: daß der Nachlaß von Zinsen keine der Einwerfung unterliegende Schenkung sei, sodann: daß

Digitized by Google

aus dem Testament die Absicht des Testators sich ergebe, den Erben von der Einwerfung zu befreien. Das Oberhofgericht stützte die Entscheidung nur auf den letzteren Grund.

Es besagen nämlich

1. die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

Das Ausleihen eines Capitals ohne Zinsen zu bedingen, enthält für den Empfänger keine Schenkung und ebensowenig der Verzicht auf bedungene aber künftig erst verfallende Zinse,

Savigny System des röm. Rechts IV. S. 37,

weßhalb keine Einwerfung der nicht bedungenen Zinse gefordert werden kann. L.R.S. 856.

Es fragt sich daher nur, ob da, wo Zinse bedungen und bereits verfallen waren, sofort aber nachgelassen wurden, dieser Verzicht auf die Zinsforderung eine der Einwerfung unterliegende Schenkung sei? Im Allgemeinen läßt sich nicht läugnen, daß in einem solchen Erlasse eine Freigebigkeit des Gläubigers gegen den Schuldner liegt. In Bezug auf die Einwerfung muß aber dieser Fall demjenigen gleichgestellt werden, wo der Erblasser dem Erben ein Capital ohne Zinse geliehen hat, denn der L.R.S. 843 sagt ausdrücklich, daß der Erbe dasjenige einzuwerfen schuldig sei, was er aus dem Vermögen des Verstorbenen erhalten hat, um was also dieses Vermögen durch einen Erwerb von Seiten des Erben vermindert worden ist.

Vergl. auch Puchta Pandecten §. 513.*)

Bei einer Schuldenlast bildet dieser Erwerb das Capital, welches der Erbe empfangen und welches er zur Erhaltung der Gleichheit der Theilnahme am Vermögensstocke einwerfen muß, dagegen sind die Zinse ein Gegenstand, der aus dem Vermögen des Schuldners in das der Gläubiger fließen und letzteres vermehren soll, und es kann daher ihr Nachlaß nach Wort und Geist des Gesetzes, welches im Satze 856 den Erben von Ein-

*) Die Collationspflicht, sagt dieser Schriftsteller, setzt voraus, daß die Erben etwas erworben haben, was durch diesen Erwerb dem Vermögen des Erblassers entzogen worden ist.


Digitized by Google

werfung der Zinse und Früchte bis zum Tage des Erbanfalls befreit, folglich im Genusse derselben keine der Einwerfung unterliegende Begünstigung findet, sei nun der Erbe von Anfang oder erst durch eine nachherige Verfügung zu jenem Genusse gelangt, eine solche Einwerfung nicht begründen.

Zudem liegt darin, daß der Erblasser im Testamente sich der Forderung auf die bei Errichtung desselben schon verfallenen und bis zu seinem Todestage noch verfallenden Zinse gänzlich begeben und erst vom Todestag an die Verzinslichkeit des Capitals ad 700 fl. ausgesprochen hat, deutlich die Willensmeinung desselben, daß die Erben eine Forderung weder direct, noch indirect geltend machen, sondern daß sie nur diejenigen Zinse erhalten sollen, welche ihnen der Erblasser wie das Gesetz vorbehielt; nämlich die Zinse vom Todestage an.

In §. 8 des Testamentes vom 6. Januar 1845 ist nämlich festgesetzt: „Von dem Capital ad 700 fl., welches mir mein Bruder Andreas Mäder (der jetzige Beklagte) schuldet, soll derselbe die bedungenen Zinse erst von meinem Todestage an bezahlen, die jetzt schon verfallenen und die bis dorthin noch verfallenden schenke ich ihm ganz."

Diese Verfügung enthält allerdings keine solche ausdrückliche Bestimmung über die Befreiung des Beklagten von der Verbindlichkeit zur Einwerfung der Zinse, wie sie im L.R.S. 843 festgesetzt ist. Allein nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer und nach einer constanten Praxis ist nicht gerade nothwendig, daß sich der Erblasser einer von den im L.R.S. 843 vorkommenden Formeln („als im Voraus," oder „mit Entbindung von der Einwerfung,") bedient habe, sondern es genügt, wenn der Erblasser eine gleichbedeutende Formel gebraucht hat, oder wenn aus der Wortfassung der Verfügung, oder aus dem Zusammenhange bestimmt hervorgeht, daß der Erblasser den Schenk- oder Vermächtnißnehmer von der Verbindlichkeit zur Einwerfung befreien wollte.

Zachariä Handbuch §. 633.
Oberhofgerichtliche Jahrb. v. 1823 S. 60.

Digitized by Google

Daß nun im vorliegenden Falle der Erblasser wirklich die Absicht gehabt habe, den Beklagten von der Einwerfung der bis zu seinem Todestage verfallenen Zinse zu entbinden, ergibt sich sowohl aus der Wortfassung der Verfügung, als aus dem Zusammenhange. Ersteres deßhalb, weil sonst bei der Annahme des Gegentheils die testamentarische Bestimmung in ihrem Nachsatze einen nichtssagenden Pleonasmus enthielte, eine Stelle des Testaments aber in Gemäßheit des L.R.S. 1100 da, 1157 immerhin so gedeutet werden muß, daß sie eine Wirkung hervorbringt und Letzteres deßhalb, weil in dem Testamente alle übrigen eigentlichen Vermächtnisse, namentlich auch das in §. 7 bestimmte legatum liberationis einer Darlehensschuld des Beklagten im Betrage von 50 fl. für einwurfsfrei erklärt wurden, und weil überdies die Zinse, deren Einwerfung jetzt verlangt wird, größtentheils verjährt sind, so daß der Beklagte, im Falle er die Zinse einwerfen müßte, als wenn ihm die Zinse im Testamente nicht erlassen worden wären, was unmöglich in der Absicht des Testators liegen konnte.

2) Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten dahin:

Das hofgerichtliche Urtheil erscheint schon deßhalb als gerechtfertigt, weil der Beklagte der von den klagenden Miterben begehrten Einwerfung des in Frage stehenden Vermächtnisses durch den erklärten Willen des Erblassers enthalten sei.

Die betreffende Stelle des letzten Willens lautet:

> „§. 8. Von dem Capital, welches mir mein Bruder Andreas schuldet, soll derselbe den bedungenen Zins erst von meinem Todestage an bezahlen, den jetzt verfallenen und den bis dorthin verfallenden schenke ich ihm ganz."

Zwar hat sich der Erblasser der Formel „im Voraus" oder „mit Befreiung von der Einwerfung" hier nicht bedient, der L.R.S. 843 fordert dieses aber auch nicht, er verlangt nur, daß die Befreiung von der Einwerfung ausdrücklich geschehe.

Nach dem Geiste dieser gesetzlichen Bestimmung ist ihr Ge=

Digitized by Google

nüge gethan, wenn eine den Willen des Erblassers ersichtlich machende Erklärung vorliegt. Dies nimmt auch Zachariä (franz. Civilrecht §. 633) an und dieser Gerichtshof hat sich bereits in gleichem Sinne ausgesprochen.

(Oberhofg. Jahrbücher 1823 S. 58.)

Schon aus dem Wortverstande der oben angeführten Stelle des letzten Willens ergibt sich nicht undeutlich die Absicht des Erblassers, daß die dem Beklagten dort nachgelassenen Zinse ihm nicht aufgerechnet, beziehungsweise von ihm nicht eingeworfen werden sollen.

Ein anderer Sinn kann der Verfügung, daß der Zins nur vom Todestage des Erblassers an zu bezahlen sei, das bis dahin verfallene aber dem Andreas Mäder ganz geschenkt werde, nicht unterlegt werden, falls sie überhaupt eine Bedeutung haben soll.

Nach allgemeinen Interpretationsregeln, sowie nach den für die Auslegung der Testamente geltenden, dürfen aber jene Worte keineswegs als bedeutungslos oder als überflüssig gehalten, sondern sie müssen im Zweifel so gedeutet werden, daß die letztwillige Bestimmung einen Ausgang haben kann, und zwar nach der vermuthbaren Absicht des Erblassers. Diese schon aus dem Wortsinne erkennbare Absicht wird aber auch noch durch die Betrachtung unterstützt, daß eine große Härte darin liegen würde, wenn der Erblasser, welcher seit Contrahirung des Darlehens, nämlich seit dem Jahre 1819 niemals Zinse von dem Beklagten bezogen und dadurch schon eine wohlwollende Absicht gegen denselben an den Tag gelegt hat, ihm nun den ganzen Zinsenrückstand in Aufrechnung gebracht wissen wollte.

Diese Absicht läßt sich schlechterdings nicht mit dem Wortsinn des Vermächtnisses in Einklang bringen, der erwähnte Umstand spricht vielmehr für die Annahme der dem Beklagten günstigeren Willensmeinung.

Daraus, daß der letzte Wille ausschließlich nur Vermächtnisse zum Gegenstand hat, welche sämmtlich als einwurfsfrei bezeichnet sind, kann nichts zum Nachtheil des Beklagten gefolgert werden, dieser Umstand berechtigt eher zu der Unterstellung, daß

Digitized by Google

der Erblasser auch im §. 8 des Testaments nichts anderes verfügen wollte. Denn hätte er hier allein eine Ausnahme beabsichtigt, so hätte er solches gewiß auch ausgedrückt, oder er würde sich wenigstens einer Ausdrucksweise enthalten haben, welche als Befreiung von der Einwerfung gedeutet werden kann und nach Beschaffenheit der Umstände auch gedeutet werden muß.

Anmerkung.

Man kann vernünftiger Weise nicht einen Augenblick daran zweifeln, daß es die Absicht des Testators war, daß der Erbe die Zinsen nicht zu zahlen schuldig sein soll, sei es nun in seiner Eigenschaft als Schuldner oder als Schenknehmer und Erbe. Die Gründe aber, aus welchen diese Absicht abgeleitet wird, sind so allgemeiner Natur, daß sie gegen jedes Vermächtniß und insbesondere gegen jeden Nachlaß einer Schuld vorgebracht werden können. Sofern sie nun ein jedes Vermächtniß treffen, so namentlich der Grund, daß die Testamentsbestimmung sonst keine Bedeutung hätte, scheint diese Beweisführung aus den oben angegebenen Gründen nicht zulässig zu sein. Viel eher ließe sich wohl ausführen, daß in dem besonderen Falle, wenn die Verbindlichkeit zur Zahlung in die Masse schon vertragsmäßig vorhanden ist, und diese Verbindlichkeit aufgehoben wird, dadurch von selbst auch die auf dem Satze 843 beruhende Pflicht zur Zahlung aufgehoben sei, ein Grund, der alsdann bei jedem Schuldnachlasse eintreten würde. Das Hofgericht hat indessen, um jeden Zweifel zu beseitigen, noch weiter ausgeführt, daß der Zinsennachlaß keine einwurfspflichtige Schenkung sei und dieses dürfte, wenn man den Satz 856 nach seinem Sinn und Geiste betrachtet, keinem Zweifel unterliegen, weil hieraus klar folgt, daß der Gesetzgeber den Genuß einer Liegenschaft oder den zinsfreien Genuß eines Capitals nicht als einwurfspflichtig angesehen wissen will. R.

Digitized by Google

XXXIII.

Aufrechnung der Zahlungen.

(Versorgungsanstalt gegen Vollmer.)

Kronenwirth Fegers Wittwe von Oppenau verkaufte ihr Kronenwirthshaus im Monat Februar 1840 an Kiefer Vollmer um 10,000 fl., zahlbar in vier Jahresterminen, von Johanni 1840 beginnend. Im Monat September 1840 entlieh Vollmer von der badischen Versorgungsanstalt 10,000 fl. und verpfändete dafür auch das Kronenwirthshaus, indem er solches mit dem Pfandgericht für frei und unbelastet ausgab. Im Jahr 1843 kam Vollmer in Gant. Feger Wittwe liquidirte nach Abzug einiger Zahlungen und Anweisungen an obigem Kaufschilling noch über 7000 fl. mit Vorzugsrecht auf das verkaufte Kronenwirthshaus. In der Liquidationstagfahrt wurde von Seiten der Masse die Erklärung abgegeben, daß zwar die Kaufschillingsforderung als richtig anerkannt, das Vorzugsrecht aber bestritten werde und zwar letzteres wegen Mangel des Eintrags in das Pfandbuch. Diese Einwendung wurde jedoch in erster Instanz als unbegründet verworfen und die Feger W. in die dritte Ordnung vor die Versorgungsanstalt lozirt. Letztere appellirte und verlangte die Verwerfung des von der W. Feger angesprochenen Vorzugsrechts. Zu diesem Zwecke wurde als Neuheit vorgebracht:

1) daß die Wittwe Feger auf ihr Vorzugsrecht bei Fertigung der Obligation für die Versorgungsanstalt verzichtet habe,

2) daß der Gemeinschuldner von den 10,000 fl., die er am 11. September 1840 von der Versorgungsanstalt empfangen, am

Digitized by Google

13. desselben Monats 6000 fl. an die Wittwe Feger auf den Kaufschilling bezahlt habe, während dieselbe nur 1819 fl. von dieser Zahlung am Kaufschilling in Abzug gebracht habe. Es müßten daher auch die übrigen 4181 fl. am Kaufschilling abgezogen werden.

Was diese letztere Einrede betrifft, welche uns hier allein interessirt, so wurde zwar der Empfang von 6000 fl. als Zahlung zugestanden, auch die Quittung vorgelegt, welche besagt:

„Erhalten von Herrn Vollmer die Summe von 6000 fl. sammt Zins davon"

aber deren Aufrechnung auf den Kaufschilling wurde bestritten.

Die Wittwe Feger behauptete nämlich unter Vorlage eines Schuldscheins, daß sie dem Kiefer Vollmer am 19. April 1840 ein Darlehen von 4181 fl. gegeben, und daß sich hiefür L. Dreher verbürgt habe. Da nun bei der Zahlung am 13. Sept. 1840 nichts über die Aufrechnung bestimmt worden sei, so müsse die Zahlung nach Satz 1256 a zuerst an der verbürgten Schuld abgezogen werden. Die Versorgungsanstalt widersprach, daß die Darlehensschuld zur Zeit der Zahlung eine verbürgte gewesen sei, und bestritt in dieser Beziehung die Beweiskraft der vorgelegten Urkunde. Sie behauptete ferner, daß die Zahlung ausdrücklich auf den Kaufschilling geleistet worden sei.

Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte das Hofgericht auf vier Eide, welche die Wittwe Feger ausschwören sollte, und die Folgen der Leistung und Verweigerung dieser Eide waren in fünf §§. festgesetzt, indem das Hofgericht im Allgemeinen von der Ansicht ausging, daß die Zahlung zunächst an der verbürgten Darlehensschuld abzuziehen sei, sofern einer Seits die Verbürgung erwiesen, anderer Seits aber nicht erwiesen sei, daß der Schuldner bei der Zahlung die Aufrechnung derselben auf den Kaufschilling ausdrücklich festgesetzt habe.

Die Versorgungsanstalt ergriff die Oberberufung, während die Wittwe Feger keine Beschwerden gegen das hofgerichtliche Urtheil aufstellte. Beim Oberhofgericht wurde deßhalb auch nicht weiter geprüft, ob die Einrede der Zahlung in II. Instanz noch

Digitized by Google

zulässig gewesen sei, nachdem in I. Instanz die Kaufschillingsforderung als liquid anerkannt worden war, weil die Wittwe Feger sich gegen diese Zulassung und die wegen dieser Einrede aufgelegten Eide nicht beschwerte, dagegen wurde rücksichtlich der Beschwerde der Versorgungsanstalt, soweit sie die Aufrechnung der Zahlung betraf, abändernd erkannt, daß dieselbe am Kaufschilling zu geschehen habe.

Man ging inhaltlich der Entscheidungsgründe hiebei von folgender Ansicht aus:

Wenn bei der Zahlung von keiner Seite bestimmt worden ist, an welchem Posten die Aufrechnung zu geschehen habe, so entscheidet die muthmaßliche Absicht des Schuldners und diese wird darnach bemessen, welche Zahlung für den Schuldner die wichtigste war. Diese Frage aber muß zunächst nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden, und wenn daraus sich nichts Besonderes ergiebt, so entscheidet die im Satze 1256 a bezeichnete Stufenleiter, wornach diejenige Zahlung als die wichtigste erscheint, durch welche sich der Schuldner von dem ihm Mangels der Zahlung drohenden persönlichen Verhaft befreit.

Im vorliegenden Falle hat nun der Schuldner das gekaufte Kronenwirthshaus der Versorgungsanstalt als frei und unversetzt verpfändet, obwohl das Vorzugsrecht der Wittwe Feger darauf haftete. Hätte er sofort das von der Versorgungsanstalt empfangene Geld nicht zur Abtragung der Fegerischen Forderung verwendet, so hätte er sich nach L.R.S. 2069 einer Hintergehung schuldig gemacht, die ihm persönlichen Verhaft zuzuziehen drohte. Unter diesen Umständen mußte ihm daher die Aufrechnung auf den Kaufschilling weitaus die wichtigste sein, um sich dadurch von dem sonst drohenden persönlichen Verhaft zu befreien. Eben deßhalb liegt es aber auch im Sinne des Gesetzes, daß bei mangelnder näherer Bestimmung die Aufrechnung in dieser Weise bewirkt werde. R.

Digitized by Google

XXXIV.

Besitzklagen bei Gülten. Veraltete Beraine. Sammtverbindlichkeit des Vorträgers.

(Zündel gegen Baumgärtner. Spital Kaiserstuhl gegen Sutter.)

I. Ueber Besitzklagen bei Gültverweigerung sprechen sich nachstehende vom Oberhofgericht adoptirte Entscheidungsgründe des Hofgerichts des Oberrheinkreises aus. Es wurde darin namentlich ausgeführt, daß auch ein verjährter Berein als Besitztitel angenommen werden müsse.

„Die Zulässigkeit einer Besitzklage zum Schutze eines Gültrechts ist durch den §. 750 Abs. 1. d. Pr.-O. deutlich anerkannt, indem hier ausdrücklich von den Besitzklagen für Erbdienstbarkeiten die Rede ist, und das Gültrecht nach S. 710 b zu dieser Classe von Rechten gehört.

Anlangend die einzelnen Erfordernisse einer solchen Klage, so haben

1. die Beklagten nunmehr zugestanden, daß die fragliche Gült in den Jahren 1840, 41 und 42 in der Weise entrichtet worden sei, wie ihre Fortleistung in der Klage begehrt wird (p. 150 der hofgerichtlichen Acten), und da in dieser Thatsache die Ausübung des Gültrechts besteht, so ist dem ersten Erforderniß des §. 750 Genüge geleistet. — Ebenso ist

2. die Verweigerung der Gült, d. h. die Nichtentrichtung derselben unter Widerspruch des Rechts actenmäßig dargethan, und in dieser Thatsache, welche die einzig denkbare Art der Störung eines Gültbesitzes enthält, liegt eine Verwandlung des bisher belasteten Besitzes der dienenden Grundstücke in einen unbelasteten Besitz derselben, indem die Beklagten, dem bisherigen Besitzstande entgegen, thatsächlich die Freiheit ihrer Güter von der Gültlast zu erringen suchen.' L.R.S. 544 e.

Digitized by Google

3. Die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung ergibt sich aus der Zeit ihrer Einreichung im Vergleich mit der Zeit der ersten Verweigerung eines fälligen Termins.

Es handelt sich daher

4. nur noch um das Erforderniß des §. 747 der Pr.-O. Um auch diesem zu genügen, hat sich der Kläger auf drei Bereine von 1749, von 1805 resp. 1809 und von 1841 bezogen, und dabei weiter ausgeführt, daß dadurch selbst der Beweis der unfürdenklichen Verjährung geliefert sei.

Diese Urkunden sind nach ihrem juristischen Character Anerkenntnisse des Gültrechts, und vertreten sowohl nach dem gemeinen als jetzigen Recht (L.R.S. 695) die Stelle des ursprünglichen Entstehungstitels. Auch der L.R.S. 710 f d verlangt mehr nicht für einen Berein, als was jene Urkunden enthalten.

Verbindet man ferner in Rücksicht auf L.R.S. 2234 a den neuesten Besitzstand mit dem Inhalte jener Urkunden, so erscheint auch die dadurch versuchte Begründung einer unfürdenklichen Verjährung nicht unerheblich.

Gegen die beiden älteren derselben wurde jedoch eingewendet, daß sie ihre Beweiskraft, wenn auch solche vorhanden gewesen wäre, jedenfalls durch den Ablauf von dreißig Jahren verloren hätten, und daher abgesehen von ihrer sonstigen Beschaffenheit für die Sache des Klägers ganz unbrauchbar geworden seien.

Es handelt sich hier aber nur um eine Besitzklage und über den Einfluß der Vorschrift des Satzes 710 f a auf Besitzklagen hat schon Brauer in seinen Erläuterungen Bd. IV. S. 323 bemerkt, daß der Rentengläubiger, so lange er sich im Besitze erhalte, so lange er folglich in der Lage bleibt, eine versagte Zahlung innerhalb der den Besitzklagen vorgemessenen einjährigen Frist durch solche einzutreiben, von der bloßen Verjährung der Kraft seiner Rechtsurkunde keinen Schaden habe, weil ihm dann der Besitz statt Eigenthums gelte u. s. w.

Man sieht hieraus die Absicht des Gesetzes, daß die Nichterneuerung auf den Besitzstand keinen Einfluß haben soll, und der §. 747 der P.-O. bewirkt hierin keine Aenderung. Der Be-

Digitized by Google

sitz wird deshalb durch Klagen in Schutz genommen, weil eine Vermuthung dafür streitet, daß dem Besitzer das bisher von ihm ausgeübte Recht wirklich zustehe, und diese Vermuthung hat eine doppelte, im Landrecht mehrmals, namentlich im Satz 2231 unterschiedene Richtung, indem nicht nur angenommen wird, daß der Besitz rechtmäßig angefangen, sondern auch, daß er rechtmäßig fortgedauert habe. Der §. 747 der Pr.-O. verlangt nun bei gewissen Dienstbarkeiten zur Begründung der Besitzklage eine Rechtfertigung für den Anfang und Ursprung des Besitzes, ähnlich wie der L.R.S. 2265 zur Begründung der zehnjährigen Ersitzung.

Es wird durch §. 750 1 ferner verlangt, daß der also titulirte Besitz bis in die neueste Zeit fortgedauert habe, woraus nach L.R.S. 2234 a die Vermuthung für den Besitzstand in der Zwischenzeit folgt. Keineswegs wird aber auch für den neuesten Besitzstand ein weiterer Titel erfordert, um die rechtmäßige Fortdauer zu bescheinigen, sondern es ist die Thatsache der Fortdauer des Besitzes eine genügende Vermuthung für die Rechtmäßigkeit derselben.

Wenn also der gegenwärtige Besitzer bescheinigt, daß er früher rechtmäßig besessen habe, so muß er im Besitze geschützt werden.

Zu einer solchen Bescheinigung genügt aber auch ein Verein, der älter ist als 30 Jahre. Obwohl nämlich ein solcher Verein im petitorischen Rechtswege die gegenwärtige Existenz des Rechts nicht zu erweisen vermag, solche vielmehr in Ungewißheit läßt, so ist doch damit keineswegs gesagt, daß er nicht einmal die frühere Existenz desselben beweisen könne. Es wird in Bezug auf dieses Beweismittel nur eine Ausnahme von der sonst allgemeinen Regel begründet, daß der Kläger, wenn er die frühere Existenz eines Rechts bewiesen hat, so lange als berechtiget anerkannt wird, bis der Beklagte die Erlöschung behauptet und beweist, indem der L.R.S. 710 f c zum Beweise der Fortdauer des Rechts eine Erneuerung des Verains vorschreibt.

Es wäre geradezu vernunftwidrig, einer Urkunde, die bisher vollen Glauben hatte, die fernere Beweiskraft in dem Sinne ab-

Digitized by Google

aussprechen, daß sie nicht einmal das frühere Dasein des Rechts zu erweisen vermöchte, mithin wie ein falsches Zeugniß zu behandeln wäre. Sind aber die älteren Beraine ungeachtet des L.R.S. 710 fd immer noch hinreichend, um das frühere Dasein eines Rechts zu begründen, so vertritt der neuste Besitzstand in possessorio die Stelle der Erneuerung, und der Besitzkläger hat nicht nothwendig, für diesen neusten Besitzstand einen weiteren Titel vorzulegen.

Die dem neusten Besitz beigelegte Vermuthung besteht ungeachtet der Erlöschung der Beweiskraft des Berains fort, denn dieses Erlöschen der Beweiskraft darf nicht verwechselt werden mit einer gesetzlichen Vermuthung für das Erlöschen des Rechts, indem die Ungewißheit einer Thatsache überhaupt wesentlich verschieden ist von einer gesetzlichen Vermuthung gegen die Wahrheit derselben.

(Weber Beweisführung, Ausgabe von Heffter. S. 63.

Diese Anwendung des Satzes 710 fd und des §. 747 der Pr.-O. muß um so mehr gerechtfertigt erscheinen, als diese beiden Bestimmungen höchst singulärer Natur und deshalb so auszulegen sind, wie sie von dem gemeinen Rechte (jus commune) am wenigsten abweichen. Auch ist der L.R.S 710 f c bekanntlich aus dem Mißverständniß hervorgegangen, daß der L.R.S. 2263 dem Rentengläubiger neben dem Beweise der Entstehung des Rechts nach Ablauf von 30 Jahren den weitern Beweis der Fortdauer desselben auflege, während jene Bestimmung ihn nur gegen die Einrede der Verjährung schützen will.

Demnach sind auch die beiden ältern Beraine ungeachtet des Satzes 710 f c geeignet, den Besitz des Klägers im Sinne des §. 747 der Pr.-O. zu koloriren, und was ihre weitere formelle Beschaffenheit betrifft, so hat der Berain von 1749, welcher nach seiner Schlußbemerkung den Pflichtigen vorgelesen und von derselben anerkannt wurde, die damaligen Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde. Ferner ist der Berain von 1809 ein öffentlich beglaubigter Auszug aus dem eigenen Lagerbuch der Gemeinde Bergöschingen. Er stimmt mit dieser gleichfalls vorliegenden Ur-

Digitized by Google

kunde überein, und es hat die fürstlich Schwarzenbergische Domänenkanzlei unter Berufung auf die Renovationsakten die Eröffnung und Anerkennung des Lagerbuchs von Seiten der Pflichtigen bezeugt.

Damit ist, auch abgesehen von dem neusten Berain, zur Genüge bescheinigt, daß das Gültrecht vor 1810 in rechtmäßiger Uebung war, und da der neuste Besitzstand gleichfalls dargethan ist, so mußte die Besitzklage als begründet und erwiesen angenommen, und sofort wie geschehen erkannt werden." R.

II. Das Spital Kaiserstuhl in der Schweiz, welchem innhaltlich älterer und neuerer Urbarien das Recht zusteht, von mehreren in der Gemarkung Lienheim (Bezirksamt Waldshut) liegenden Höfen einen Grundzins zu beziehen, machte, als in neuerer Zeit die Zahlung der auf zweien dieser Höfe lastenden Gült verweigert, und das Bezugsrecht selbst bestritten wurde, dieses seinem ganzen Umfange nach in einer Klage gegen einen einzelnen Zinspflichtigen geltend, welcher selbst mehreree Parcellen der im Verlaufe der Zeit getheilten Hofgüter besaß, nach dem von ihm anerkannten Urbar aber als Vorträger für die Beträge aller Grundzinspflichtigen aufgestellt war.

Der Beklagte bestritt seine Passivlegitimation durch die Behauptung, daß er als Besitzer von nur einzelnen Parcellen des belasteten Hofguts nicht wegen der ganzen Gültforderung des klagenden Spitals belangt werden könne, und stellte insbesondere bei der mündlichen Verhandlung in dritter Instanz den Satz auf, daß er, obgleich bestellter Vorträger, als solcher bezüglich der übrigen Besitzer der zum Hofgut gehörigen Güterstücke nur als Einzugsmandatar des Gültberechtigten, nicht aber als Vertreter dieser Gültpflichtigen zu betrachten sei.

Diese Ansicht fand jedoch keinen Eingang, vielmehr nahm man bei Fällung des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 15. März 1848 (I. S.) an, daß der Beklagte wegen der ganzen auf dem Hof-

Digitized by Google

gut lastenden Gült belangt werden könne, wenn auch einzelne Theile des Gutes im Besitze anderer Personen seien, indem man erwog:

Die auf einer Liegenschaft ruhende Gült, welche ein deutsch-rechtliches Realrecht ist, war schon nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts als Schuld untheilbar, und ruhte daher auf allen Theilen der Liegenschaft, auch wenn diese unter mehrere Besitzer getheilt wurde, solidarisch, insoferne nicht der Realberechtigte seine Zustimmung zu einer Theilung der Gült unter die einzelnen Besitzer des getheilten Zinsgutes gegeben hatte, und namentlich galt die Aufstellung eines Vorträgers, welcher von den einzelnen Parcellenbesitzern die Gült einzusammeln, und in die Hand des Gültberechtigten abzuliefern hatte, als die bestimmte Erklärung dieses, daß er fortan die ganze Gült als eine untheilbare Schuld des Zinsgutes in Anspruch nehme, daß die Gült fortdauernd eine auf allen Theilen des zinspflichtigen Hofguts solidarisch haftende Last bleiben müsse. (Vergl. Mittermaier's deutsches Privatrecht, 6. Ausg. von 1843 I. Theil §. 174 S. 475.)

Diesen Grundsatz des gemeinen deutschen Privatrechts haltet auch das badische Landrecht fest (vergleiche Brauer I. S. 559), indem es im Satz 710 fi in der Bestellung des Vorträgers eine Wahrung der gesetzlichen Untheilbarkeit der Gült für den Gültberechtigten, und damit eine Verpflichtung des Vorträgers anerkennt, daß dieser die auf seinem Gutsantheil, ebenso, wie auf den Gutsantheilen der übrigen Besitzer des belasteten Hofguts, solidarisch haftende ganze Gült, in die Hand des Berechtigten abzuliefern, und sich wegen des Beitrags seiner Gutsmitbesitzer an diese zu halten habe.

Der Beklagte kann daher den Mangel seiner Passivlegitimation in der von ihm versuchten Weise nicht vorschützen, wogegen ihm frei gestanden wäre, die übrigen Hofgutsmitbesitzer zu seiner Mitvertretung im Streite aufzufordern. Bohm.

Digitized by Google

XXXV.

Ueber den Begriff der Mitbürgschaft.

(Engelmaier gegen Leonhardt.)

Wenn mehrere Personen eine Bürgschaft für dieselbe Schuld gemeinschaftlich übernehmen, so gilt unter ihnen selbst der Grundsatz, daß sich jeder nur pro rata verpflichtet hat, und daß der Einzelne, wenn er das Ganze bezahlt hat, von den Uebrigen die Zahlung ihrer Antheile verlangen kann. (S. 2033). Dem Gläubiger gegenüber haftet zwar jeder für das Ganze, doch ist den Bürgen auch im Verhältniß zu dem Gläubiger die Einrede der Theilung gestattet, sofern sie nicht darauf verzichtet haben. S. 2025 u. 2026. Finden nun diese Vorschriften auch dann ihre Anwendung, wenn die Bürgen ihre Verbindlichkeit nicht gemeinschaftlich, sondern successive übernommen haben, wenn z. B. der Gläubiger, welcher für seine Forderung den A. als Bürgen hat, sich später noch von B. eine weitere Bürgschaft bestellen läßt? Von allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgehend, muß man wohl zu dem Schlusse gelangen, daß in diesem Falle die obigen Bestimmungen nicht anwendbar sein können, da es an einer communio obligationis fehlt. So sagt auch

Kritz Pandecten I. S. 178:

„Nicht schon dadurch, daß zwei oder mehrere Personen sich für eine und dieselbe Schuld verbürgt haben, sind sie Mitbürgen, und als solche zu dem beneficio divisionis berechtiget. Es ist nicht genug, daß für die Schuld des A. sich B., C. und D. verbürgt haben, sie müssen sich auch gemeinschaftlich verbürgt, die Vertretung der Hauptschuld als eine ihnen gemeinsam obliegende Verbindlichkeit ausdrücklich bezeichnet haben, wenn als eine

Digitized by Google

an die Mitbürgschaft geknüpfte Folge die eintreten soll, daß der Gläubiger, wenn er einen der Bürgen auf die Hauptschuld belangt, die Einrede gegen sich gelten lassen soll, daß er die Schuld unter die mehreren Bürgen gleich zu vertheilen und von jedem eine theilweise Befriedigung zu erhalten habe. Es ist dieses vernünftig und die römischen Quellen bestätigen es mit größter Evidenz. Der erste Bürge hat auf eine Weise kontrahirt, die ihn zur Bezahlung der vollen Schuld verbindlich machte; wie kann er in Gemäßheit eines anderweiten Faktums, an dem er gar nicht Theil genommen, melioris conditionis werden, als er es gleich anfänglich geworden?"

Auch schon das Wort „confidejussores" spricht ziemlich deutlich aus, daß man darunter ein gemeinschaftliches Uebernehmen der Verbindlichkeit versteht.

Unser Gesetzbuch spricht nun zwar auch von „cofidejusseurs", allein die in dem Satze 2025 und 2033 aufgeführten Wirkungen der mehrfälligen Bürgschaft scheinen nur an die Voraussetzung geknüpft, daß mehrere Personen für eine und dieselbe Schuld desselben Schuldners sich verbürgt haben, was im Grunde auch bei successiven Bürgen der Fall ist.

Indessen macht doch

Duranton droit civil VI. Nr. 186

eine Unterscheidung zwischen Mitbürgen und successiven Bürgen in Bezug auf die Einrede der Theilung. Man müsse als gewiß annehmen, sagt er, daß wenn zwei Personen in getrennten Akten für dieselbe Schuld Bürge geworden seien, keiner dieser Bürgen die Einrede der Theilung habe, weil sie nicht sagen können, daß sie sich mit wechselseitiger Rücksicht auf einander verbürgt haben, worauf der Grund jener Einrede beruhe. Ihre verschiedenen Handlungen bleiben sich fremd. — Wie ist es aber, wenn der eine von solchen successiven Bürgen bezahlt hat, und in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist? Kann er den anderen auf das Ganze oder nur pro rata, oder kann überhaupt nur der spätere gegen den früheren Bürgen klagen? Nimmt man dasjenige, was vorhin angeführt wurde, als richtig an, so fällt auch der Grund

Digitized by Google

hinweg, welcher die Gemeinschaft und die Theilung der Schuld unter den Bürgen selbst bedingt. Man muß dem späteren Bürgen, wenn er gezahlt hat, unbedingt gestatten, in die Rechte des Gläubigers gegen den früheren Bürgen einzutreten, und der verklagte frühere Bürge kann nicht einwenden, daß der Kläger ihm gegenüber oder mit ihm gemeinschaftlich einen Antheil an der Bürgschaft übernommen habe, und daher diesen Antheil an seiner Forderung abziehen müsse. Dieser spätere Bürge steht ihm wie jeder Dritte gegenüber, der den Gläubiger befriediget hat, und kraft Gesetzes oder Vertrages in dessen Rechte eingetreten ist. Wie verhält es sich aber, wenn der erste Bürge bezahlt, kann auch dieser den zweiten auf das Ganze belangen? Hier wird man davon ausgehen müssen, daß der zweite Bürge, indem er für eine schon verbürgte Schuld Sicherheit leistet, sich für zwei Personen, für den Hauptschuldner und für den Bürgen verbindlich macht, und daß er im Verhältniß zu dem letzteren als ein Afterbürge, fidejussor fidejussoris, erscheint. Nun kann aber der Bürge, wenn er gezahlt hat, seinen Afterbürgen, der für ihn selbst Sicherheit geleistet hat, nicht auf Ersatz belangen, weßhalb man auch hier dem ersten Bürgen ein Klagrecht gegen den zweiten verweigern müßte. Ein Unrecht gegen ihn liegt in dieser Verweigerung gewiß nicht, denn sein Verhältniß zu verbessern, war offenbar nicht die Absicht des zweiten Bürgen. Dieser wollte nur dem Gläubiger eine noch größere Sicherheit gewähren, als er schon hat, und aus dieser Handlung kann der erste Bürge eben so wenig einen Vortheil ziehen, als wenn ein Dritter sich nur allein für ihn, den Bürgen, als Afterbürge verbindlich macht.

Troplong cautionnement Nr. 426 will nun aber in Bezug auf das Verhältniß unter mehreren Bürgen eine solche Unterscheidung zwischen Mitbürgen und successiven Bürgen nicht anerkennen. Er sagt: der zahlende Bürge habe seinen Rückgriff gegen alle diejenigen, welche, wie er, Bürgschaft geleistet haben. Es sei gleichgültig, ob die Bürgen gemeinschaftlich und gleichzeitig, oder ob sie in successiver und getrennter Weise die Bürgschaft über-

Digitized by Google

nommen haben. Der Art. 2033 spreche allgemein und mache keinen Unterschied. Auch die Vernunft gebiete einen solchen nicht. Das letztere ist nun jedenfalls unrichtig, und der erstere Grund steht eben in Frage, weil die Ueberschrift des Art. 2033 von „cofidejusseurs" spricht, und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Begriff „mehrere Bürgen" und der Begriff „Mitbürgen" keineswegs identisch sind, denn der frühere Bürge kann doch nicht behaupten, daß der spätere mit ihm Bürge geworden sei. Diese Fragen kamen in folgendem Rechtsfall zur Sprache.

Georg Vogt von Oberachern kaufte im Jahre 1840 von J. Brenneis eine Papiermühle. Für die Bezahlung des Kaufpreises interzedirte Joh. Leonhardt als Bürge und Selbstzähler.

Für dieselbe Schuld desselben Schuldners verbürgten sich später, als die Forderung des Brenneis an Messenbach abgetreten wurde, Bernhard Engelmaier und Steffen Rödler. Diese wurden auch von Messenbach auf Bezahlung des noch rückständigen Kaufpreises belangt. Sie erhoben, um zur Schadloshaltung zu gelangen, eine Klage gegen den Joh. Leonhardt und seine Ehefrau, und verlangten, daß diese zum Ersatze dessen angehalten werden sollen, was sie dem Gläubiger Messenbach zu zahlen verurtheilt seien und theilweise auch schon bezahlt hätten. Zur Begründung dieser Klage wurde angeführt: Joh. Leonhardt habe nicht allein bei dem Abschlusse des Kaufes sich für den fraglichen Kaufschilling verbürgt, sondern es hätten Joh. Leonhardt und seine Ehefrau ausserdem in einem späteren Akte, nämlich am 15. Mai 1840, den beiden Klägern das Versprechen gegeben, ihnen für allen aus ihrer Bürgschaft entstehenden Schaden als Bürgen und Selbstzähler zu haften. In der Vernehmlassung auf die Klage wurde zugestanden, daß Joh. Leonhardt sich beim Kaufsabschlusse für Georg Vogt verbürgt habe, aber nicht als Selbstschuldner, sondern nur als einfacher Bürge. Geläugnet aber wurde das weitere Versprechen vom 15. Mai 1840, und in der Folge die hierüber vorgelegte Urkunde als unächt bestritten. Ausserdem aber wurde eingewendet, daß die Klage größtentheils zur Zeit unstatthaft sei, weil die Kläger nur einen kleinen Theil der fraglichen Schuld

Digitized by Google

bezahlt hatten, den übrigen aber noch nicht. In Bezug auf diesen letzteren Punkt bemerkten die Kläger im Laufe des Prozesses, daß sie nunmehr das Ganze an den Gläubiger bezahlt hätten.

Soweit nun diese Klage auf die Verbürgung des beklagten Ehemannes gestützt, und somit gegen diesen allein gerichtet war — der zweite Klaggrund interessirt uns hier nicht weiter — hat der Unterrichter unter Verwerfung der verzögerlichen Einrede den beklagten Ehemann unbedingt zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt. Er ist hiebei von folgender Ansicht ausgegangen: Die Kläger seien durch Bezahlung des Gläubigers in alle seine Klagen eingetreten. Dem Gläubiger habe unzweifelhaft die Bürgschaftsklage gegen Joh. Leonhardt zugestanden, weil dieser sich schon beim Abschluß des Kaufes für den Kaufschilling verbürgt habe. Wenn daher die Kläger sich in der Klage ebenfalls auf diesen Bürgschaftsakt beriefen, um zum Ersatze des Bezahlten zu gelangen, so seien sie hiezu kraft gesetzlichen Eintritts in die Rechte des Gläubigers befugt. Die Kläger seien auch befugt, das Ganze von dem Beklagten zu fordern, weil dieser sich als Selbstzähler, somit als Selbstschuldner verbürgt habe. Hiegegen wurde aber in den hofg. Entscheidungsgründen ausgeführt:

1) Der Selbstzähler sei kein Selbstschuldner, sondern nur ein einfacher Bürge, wie die Kläger.

2) Wenn mehrere Bürgen für eine und dieselbe Schuld vorhanden seien, und der eine von ihnen Zahlung leiste, so trete er gegenüber den andern Bürgen nicht in die Rechte des Gläubigers ein, sondern er sei nur auf den Grund des Satzes 2033 berechtiget, die übrigen Bürgen pro rata zu belangen. Es könnte daher der Beklagte auf diesen Grund hin nur zu ⅓ belangt werden. Es hätten jedoch

3) die Kläger ihre Klage gar nicht auf eine solche Mitbürgschaft begründet, sondern es könne nur der spätere Akt vom 15. Mai 1840 als Klaggrund gegen die beiden Eheleute angesehen werden.

4) In Ansehung der oben erwähnten verzögerlichen Einrede

Digitized by Google

wurde bemerkt, daß nur diejenige Summe gefordert werden könne, welche zur Zeit der Anstellung der Klage von den Klägern bezahlt gewesen sei, und deßhalb der weitere Anspruch als zur Zeit unstatthaft verworfen.

Das Oberhofgericht stellte jedoch das amtliche Urtheil, soweit es den beklagten Ehemann auf den ersten Klaggrund hin zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt hatte, wieder her.

Der hieher bezügliche Inhalt der

oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe

lautet:

1) Sofern in der II. Instanz der größere Theil der eingeklagten Forderung als zur Zeit nicht klagbar abgewiesen wurde, weil jener Theil nach Inhalt der Klage zur Zeit ihrer Anstellung dem Gläubiger Massenbach noch nicht bezahlt gewesen, vielmehr erst im Laufe des Prozesses abgetragen worden sei, so steht dieses Urtheil mit dem eigenen Begehren der Beschwerdeschrift der Beklagten im Widerspruch, indem diese ausdrücklich darauf angetragen haben, daß sie im Eidverweigerungsfalle zur Zahlung der ganzen eingeklagten Summe verurtheilt werden sollen. Diesem Antrage gemäß war jener Streitpunkt erlediget, und es konnte daher ohne Verletzung der Verhandlungsmaxime keine weitere Rücksicht auf diese verzögerliche Einrede genommen werden.

2) Der beklagte Ehemann hat schon vor den beiden Klägern und bei Entstehung der Vogt'schen Schuld dem ursprünglichen Gläubiger Brenneis Bürgschaft geleistet, und die erst nach ihm eingetretenen und von dem Gläubiger angegriffenen Bürgen haben jene Verbürgung des Beklagten in ihrer Klagschrift wiederholt angeführt, um ihr Begehren dadurch zu rechtfertigen.

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß jenes Rechtsgeschäft mit als Klaggrund angesehen, und demselben diejenigen Wirkungen vom Richter zugeschrieben werden müssen, welche sich mit Rücksicht auf das Klagbegehren nach dem Gesetze aus demselben ergeben. Ebensowenig aber ist es zweifelhaft, daß der Bürge durch Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte wider den

Digitized by Google

Schuldner und die übrigen Bürgen eintritt, S. 1251 Abs. 3, 1252, 2029. Der Satz 2033 stellt nur die Beschränkung auf, daß jeder der einzelnen Bürgen nicht weiter als zu seinem Antheile hafte. Es ist jedoch die Frage, ob diese Beschränkung beziehungsweise die Theilung der Verbindlichkeit unter den Bürgen auch dann, wenn die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich, sondern successive übernommen wurde, zum Nachtheil der späteren Bürgen gegen die früheren eintrete? Nach gemeinem Recht gehört zum Begriffe der Mitbürgschaft, welche die Theilung begründet, eine gemeinsame, gleichzeitige Uebernahme der Bürgschaftslast, und ein früherer Bürge, der für das Ganze allein und ohne Rücksicht auf andere Bürgen eingetreten ist, kann dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, daß der Gläubiger später noch eine weitere Bürgschaft erwirkt. Es liegt dieses auch schon in dem Ausdruck „confidejussio.“

Kritz Pandecten I. S. 187.

Dasselbe behauptet auch

Duranton VI. Nr. 186, X. Nr. 346,

in Bezug auf das französische Recht, und es scheint dieser den allgemeinen Rechtsregeln entsprechenden Ansicht nur der Umstand im Wege zu stehen, daß die S. 2025 und 2033 von mehreren Bürgen derselben Schuld und desselben Schuldners sprechen, ohne dabei des Erfordernisses einer gemeinsamen Uebernahme der Bürgschaft ausdrücklich zu erwähnen. Allein dieses Erforderniß läßt sich nicht blos aus der Natur der Sache, sondern auch daraus ableiten, daß die Ueberschrift des Urtextes ebenfalls von „cofidejusseurs“ spricht und damit zur Genüge andeutet, daß Bürgen gemeint sind, welche sich miteinander und gemeinsam verbürgen, und zwar für eine und dieselbe Schuld desselben Schuldners. Der beklagte Ehemann haftet daher den in die Rechte des Gläubigers eingetretenen Klägern unbedingt für das Ganze, und der Richter I. Instanz hat ihn mit Recht pure zum Ersatz verurtheilt, indem er ihn im Eidesleistungs- wie im Eidverweigerungsfalle für schuldig erklärte, die eingeklagte Summe zu bezahlen. R.

Digitized by Google

XXXVI.

Ist der L.R.S. 1307 auch auf Ehefrauen anwendbar?

(J. U. S. gegen Stengels Ehefrau.)

Der L.R.S. 1307 verfügt:

> Der Umstand allein, daß der Minderjährige sich für volljährig ausgab, hindert eine Umstoßung nicht.
>
> (La simple declaration de majorité faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.)

Nach den Motiven zu diesem Satze sollte durch den Ausdruck „la simple declaration“ angedeutet werden, daß sich die Sache anders verhalte, wenn sich der Minderjährige nicht auf die Behauptung seiner Volljährigkeit beschränkt, sondern betrügerische Mittel z. B. falsche Geburtsscheine angewendet habe, um seine Behauptung glaubhaft zu machen. In diesem Falle soll er vielmehr des Rechts der Umstoßung verlustig sein, weil hier ein Vergehen vorliege und der S. 1310 Platz greife.

Es genügt also die Berufung auf den einfachen dolus, der jedenfalls in dem lügenhaften Vorschützen der Volljährigkeit liegt, nicht, um die Umstoßung zu entkräften, sondern es müssen anderweite Täuschungsmittel stattgefunden haben, um der Lüge den Schein der Wahrheit zu verleihen.

Jene gesetzliche Bestimmung ist auch für das Strafrecht in so ferne von Bedeutung, als ein Minderjähriger darum, weil er sich für volljährig ausgab, nicht wegen Betrugs bestraft werden kann, weil sonst das Civilrecht und das Strafrecht im Widerspruch stehen würden. So lange nämlich das erstere eine Handlung nicht einmal in civilrechtlicher Hinsicht als einen Betrug behandelt und bestraft, vielmehr ungeachtet desselben das Privilegium des Minderjährigen aufrecht erhält, kann nicht wohl

Digitized by Google

der Strafrichter gegen jene Handlung einschreiten, sie für ein Vergehen und folgeweise den Minderjährigen für ersatzpflichtig erklären.

Umgekehrt ist für den Strafrichter auch dann kein Grund zur Einschreitung vorhanden, wenn der Belogene durch die Täuschung keinen Nachtheil erlitten, wenn also der Minderjährige das Recht der Umstoßung verwirkt hat, und zugleich das Vermögen besitzt, den Gegenkontrahenten zufrieden zu stellen, denn dieser befindet sich hier in der gleichen Lage, als ob er mit einem Volljährigen kontrahirt hätte.

In Untersuchungssachen gegen die Nicolaus St. Ehefrau kam die Anwendbarkeit dieses Satzes auf die Ehefrauen beim Oberhofgericht zur Sprache. Dieselbe hatte sich nämlich bei mehreren Personen für eine Wittwe ausgegeben und Darlehen aufgenommen, und wurde deßhalb wegen Betrugs bestraft, wogegen sie den Rekurs ergriff.

Obwohl nun die meisten französischen Schriftsteller jenen Satz auch auf die Ehefrauen anwenden, wenn sie sich für unverheirathet oder für Wittwen ausgeben, so wurde doch diese Ansicht von der Majorität nicht für richtig angenommen. Man gieng nämlich davon aus, daß eine solche Handlung der Ehefrau allerdings den R e c h t e n d e s M a n n e s n i c h t nachtheilig werden könne, und daß die Verbindlichkeit der Ehefrau nicht die Wirkung haben dürfe, als wäre sie aus einem gültigen Vertrage hervorgegangen, daß aber jedenfalls diejenigen Wirkungen eintreten müßten, welche das Gesetz den unerlaubten Handlungen der Ehefrau in civilrechtlicher Hinsicht zuschreibe (vergl. S. 1424), und eben deßwegen sei auch im Civilrecht kein Hinderniß zu finden, eine solche Handlung strafrechtlich als Betrug zu ahnden, sofern überhaupt die übrigen Erfordernisse eines Betruges vorliegen.

Daß der Satz 1307 nicht auf Ehefrauen anwendbar sei, hat auch in neuster Zeit

Marcadé droit civil tom. II. p. 286,

auszuführen versucht. R.

Digitized by Google

XXXVII.

Gleichzeitige Klagen gegen den Hauptschuldner und den Bürgen.

(Guggenheim gegen Biehler.)

Ein Gläubiger, dessen Schuldner in Gant gerathen war, liquidirte seine Forderung im Confurs, und erhob sodann auch eine Klage gegen den Bürgen auf Zahlung dessen, was er aus der Gant nicht erhalten werde.

Die letztere Klage wurde in den ersten beiden Instanzen als zur Zeit unstatthaft verworfen, vom Oberhofgericht I. Senat aber wurden diese Urtheile aufgehoben, und die Sache zur Entscheidung des Anspruches remittirt.

Es lauten

1) die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß der Kläger selbst vorgetragen hat, daß er seine Forderungen bereits gegen den Hauptschuldner, beziehungsweise nun gegen dessen Gantmasse, eingeklagt habe, und daß das Gantverfahren noch nicht erledigt sei;

In Erwägung, daß dem Gläubiger zwar gestattet ist, vor dem Hauptschuldner sofort den Bürgen auf Zahlung zu belangen, nicht aber zu gleicher Zeit gegen beide klagend aufzutreten, was schon aus dem Grunde nicht statthaft erscheint, weil dadurch über eine und dieselbe Sache sich widersprechende Urtheile herbeigeführt werden könnten;

In Erwägung, daß nach dem Klagbegehren der Kläger selbst nur Ersatz seines zu befürchtenden Verlustes in der Gant des

Digitized by Google

Hauptschuldners von dem beklagten Bürgen verlangt, daß sich aber, da diese Gant noch nicht erledigt ist, zur Zeit noch nicht bestimmen läßt, ob der Kläger überhaupt nur einen Verlust erleiden werde;"

In Erwägung, daß daher sich von selbst ergibt, daß zur Zeit noch kein Ersatz für einen noch nicht entstandenen Verlust gefordert werden könne ꝛc.

2) Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach den Bestimmungen des L.R.S. 2021 kann der Bürge schlechthin auf Zahlung belangt werden, wenn der Hauptschuldner seiner Zahlungsverbindlichkeit nicht zu der gehörigen Zeit genügt hat; die ihm zustehende Rechtswohlthat der Vorausklage des Hauptschuldners aber begründet für denselben zufolge L.R.S. 2022 und 2023 blos eine Einrede, welche unter den dort erwähnten Bedingungen der Klage entgegengesetzt, und nur unter diesen Voraussetzungen von dem Richter berücksichtigt werden darf. Der Kläger, als Cessionar des ursprünglichen Gläubigers Dominic Schlegel von Gerwiehl, war hiernach zur sofortigen Klage auf Zahlung gegen die beklagten Bürgen — und zwar für den ganzen Betrag der verbürgten Schuld — unzweifelhaft schon auf den Grund der beklagter Seits zugestandenen Behauptung, daß der Hauptschuldner an dem bedungenen Zahlungstermin nichts bezahlt habe, um so mehr aber alsdann berechtigt, nachdem derselbe, wie in der Klage weiter behauptet, und von den Beklagten gleichfalls zugegeben ist, überdies den Hauptschuldner bereits ausgeklagt hatte, und Letzterer hierauf wiederholt in Gant gerathen war, von Seiten der Beklagten sohin die Rechtswohlthat der Vorausklage des Hauptschuldners, bei'm Mangel der gesetzlichen Voraussetzung für ihre Zulässigkeit, als Einrede gegen die Klage gar nicht mehr geltend gemacht werden konnte.

Wenn nun der Kläger bei dieser Lage der thatsächlichen Verhältnisse, statt sofort seine Bürgen auf Bezahlung der ganzen verbürgten Schuld zu belangen, und Letzteren die weitere Verfolgung seiner Rechte gegen die Gantmasse des Hauptschuldners zu

Digitized by Google

überlassen, wie er gesetzlich befugt gewesen wäre, seine Forderung in der Gant des Hauptschuldners angemeldet, und die hiernächst gegen die Bürgen erhobene Klage in dem damit gestellten Begehren freiwillig auf denjenigen Forderungsbetrag, mit welchem er aus der Gantmasse dereinst nicht werde befriedigt werden, beschränkt hat, so steht der Zulässigkeit dieser Klage weder die Thatsache der geschehenen Anmeldung, und die weitere Verfolgung der eingeklagten Forderung gegen die Gantmasse, noch die gedachte Beschränkung des Klagbegehrens entgegen, weil aus jener Anmeldung, womit Kläger nur seine eigenen Interessen in gleicher Weise, wie jene der Bürgen selbst gegen die Gantmasse gewahrt hat, ein Verzicht des Gläubigers auf das ihm gegen die Bürgen zustehende Klagerecht in keiner Weise gefolgert, und weil ferner demselben daraus, weil er mit der angestellten Klage weniger fordert, als er zu fordern Kraft Gesetzes berechtigt gewesen wäre, dieser verminderte Anspruch um so weniger bestritten werden kann.

Die von dem Richter der vorderen Instanz ausgesprochene Ansicht, es sei die gleichzeitige Erhebung der Klage gegen den Hauptschuldner und den Bürgen unstatthaft, schon darum, weil hierdurch widersprechende Urtheile über dieselbe Streitsache herbeigeführt werden könnten, entbehrt jeder gesetzlichen Begründung; es findet vielmehr diese Ansicht in den Bestimmungen der L.R.S. 2021, 2023, wornach die Zulässigkeit der Klage gegen den Bürgen, ohne eine anderweite Beschränkung, nur durch die dort bemerkten Voraussetzungen bedingt ist, sodann in der Rechtsähnlichkeit der L.R.S. 1204 und 2025—2027 und der §. 966 und 967 der Pr.-O. ihre Widerlegung, welche die gleichzeitige Verfolgung des nämlichen Forderungs-Anspruches gegen mehrere Sammtschuldner und gegen mehrere Bürgen, ja sogar die gleichzeitige Geltendmachung verschiedener Vollstreckungsarten wegen der nämlichen Forderung gegen denselben Schuldner gestatten. Der Umstand, daß durch eine gleichzeitige Klagführung gegen den Hauptschuldner und Bürgen möglicher Weise widersprechende Urtheile über den nämlichen Streitgegenstand herbeigeführt worden, beweißt, abgesehen von seiner Unerheblichkeit, an und für sich zu

Digitized by Google

viel, indem die gleiche Erscheinung unzweifelhaft auch in dem Falle einer der Vorausklage des Hauptschuldners nachfolgenden Klage gegen den Bürgen eintreten könnte.

Auch aus der Natur des gestellten Klagbegehrens, insofern nämlich der Kläger nicht seine ganze Forderung, sondern nur denjenigen Betrag, mit welchem er aus der Gantmasse des Hauptschuldners dereinst nicht befriedigt werden wird, also den ihm dort zugehenden Verlust gegen die beklagten Bürgen verfolgt, kann ein Grund gegen die sofortige Statthaftigkeit der vorliegenden Klage nicht abgeleitet werden, denn obgleich die Größe dieses dereinstigen Verlustes zur Zeit noch, und bis nach Erledigung des Gantverfahrens mit Sicherheit nicht zu ermessen ist, so kann doch darüber, daß Kläger mit seiner unbevorzugten Forderung aus dem Vermögen des Hauptschuldners vollständig nicht werde befriedigt, und die Klage gegen die Bürgen sonach keineswegs werde zwecklos oder verwerflich werden, bei dem in Mitte liegenden Ganterkenntnisse, welches die Unzulänglichkeit des Gantvermögens ausspricht, kein Zweifel obwalten. Wenn aber auch die Möglichkeit des Gegentheiles angenommen werden müßte, so könnte dennoch die Klage darum nicht von vorn herein als zur Zeit noch unstatthaft verworfen, es müßte vielmehr in Gemäßheit der L.R.S. 2022 und 2023 lediglich den Beklagten überlassen werden, die etwaige Behauptung, daß Kläger aus dem Vermögen des Hauptschuldners, seiner Vergantung ungeachtet, vollständige Befriedigung zu gewärtigen habe, im Wege der Einrede geltend zu machen, und zugleich Güter desselben von der im L.R.S. 2023 bezeichneten Art, aus welcher die Befriedigung möglich wäre, unter vorschußweiser Darlegung der Kosten zu bezeichnen. Aus dem Umstande aber, daß die Größe des Verlustes, auf welchen der Kläger dem Beklagten gegenüber seine Ansprüche freiwillig beschränkt hat, zur Zeit noch nicht ermessen werden kann, folgt keineswegs, daß darum seine an und für sich hinsichtlich des ganzen Forderungsbetrages begründete Klage zur Zeit noch verworfen werden müßte, sondern nur soviel folgt hieraus, daß die urtheilsmäßige Forderung des Klägers dereinst noch der Festhal-

Digitized by Google

tung in ihrem Betrage nach Maßgabe des Ergebnisses des Gantverfahrens bedürfen wird, bevor das zu Gunsten des Klägers etwa erfolgende Urtheil auf die bereits erhobene Klage vollzogen werden kann.

Der Kläger erscheint hiernach durch das Erkenntniß der vorderen Instanzen, in so ferne die Klage damit als zur Zeit unstatthaft verworfen wurde, als beschwert. Das gedachte Erkenntniß mußte daher auf die anher ergriffene Oberappellation aufgehoben, und die von dem Unterrichter in den Formen des §. 360 der Pr.-O. versagte, beziehungsweise nach bereits eingeleiteter Verhandlung wieder zurückgekommene Ladung auf die Ladung sofort für zulässig erklärt, auf diesen Ausspruch aber in Anbetracht, daß von den Richtern der vorderen Instanzen bis jetzt nur über den berührten Streitpunkt erkannt, und von Seite der Partien nur in dieser Beziehung das beschwerende Erkenntniß angefochten worden ist, die Entscheidung daher beschränkt, und die Sache hiernächst zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Richter erster Instanz, nach Maßgabe des §. 1238 der Pr.-O. zurückgewiesen worden.

Anmerkung.

Es scheint uns weder die eine noch die andere der ausgesprochenen Ansichten in der Allgemeinheit, in welcher sie aufgestellt wurden, richtig, sondern die Unterscheidung maßgebend zu sein, ob die Klage gegen den Hauptschuldner einen Streit über die Forderung veranlaßt hat oder nicht, ob also dem Hauptschuldner gegenüber die Existenz der Forderung noch als ungewiß oder als liquid erscheint. Ist das letztere der Fall, so kann unzweifelhaft sofort gegen den Bürgen geklagt werden, wenn auch die Hülfsvollstreckung oder das Gantverfahren gegen den Hauptschuldner noch nicht beendiget ist. Wurde aber die Forderung vom Hauptschuldner bestritten, und der Streit darüber ist noch anhängig, so steht dem Bürgen die exceptio litis pendentis zur Seite, wenn er gleich nicht mit dem Hauptschuldner zugleich, nämlich

Digitized by Google

als Streitgenosse belangt worden ist. Es befreit nämlich eine Abweisung der Klage gegenüber dem Hauptschuldner, wenn sie sich nicht etwa auf Einreden stützt, die diesem nur für seine Person zukommen, auch den Bürgen, und gibt ihm die Einrede der entschiedenen Sache, weil eine Bürgschaft ohne Hauptschuld nicht bestehen kann.

Stabel Vorträge über den Civilprozeß S. 59.

Es ist also die Entscheidung des Streits gegenüber dem Hauptschuldner präjudiziell für die Verurtheilung des Bürgen. Dieser kann als Nebenintervenient in jenem Streit auftreten, und es muß daher in diesem Falle die Entscheidung jenes Streites abgewartet werden, ehe der Bürge auf Zahlung belangt werden kann. Der Satz, daß der Bürge belangt werden könne, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt, hat hier keine Bedeutung, weil es sich zur Zeit noch gerade darum fragt, ob eine Hauptschuld und folgenweise eine Bürgschaft rechtlich existirt.

R.

Digitized by Google

XXXVIII.

I. Ersitzung bei Nothwegen. S. 682. 643.
II. Legitimation der Gemeinden bei Weg-Streitigkeiten der Einwohner.

(Ueberlingen gegen Bambergen.)

I. Der Besitzer eines von anderen eingeschlossenen Grundstücks hat Kraft Gesetzes das Recht auf einen Nothweg. Es bedarf, sobald die Thatsache, daß das Grundstück keinen anderen Ausweg als über fremdes Gut hat, feststeht, keines richterlichen Urtheils, noch sonst eines Rechtstitels, um jenen Anspruch zu begründen, sondern er ist durch den Nothstand von selbst gegeben. Nur dazu bedarf es im Falle eines Streites der richterlichen Thätigkeit, um die Stelle zu bestimmen, an welcher jenes Recht ausgeübt werden soll, und um sodann die Entschädigung festzusetzen. Der Richter ist hiebei im Allgemeinen auf sein Ermessen und das Gutachten von Sachverständigen verwiesen. Er soll zwar in der Regel diejenige Stelle auswählen, welche die kürzeste ist, doch können ihn die Umstände des einzelnen Falles bestimmen, eine andere Stelle anzuweisen. Man kann also nicht sagen, daß schon Kraft Gesetzes auch die Stelle zur Ausübung der Servitut eine gegebene, und somit ein bestimmtes Grundstück belastet sei, sondern eben dieses festzusetzen ist die Aufgabe der richterlichen Thätigkeit. Nehmen wir nun an, das ganze Terrain, welches das eingeschlossene Gut umgiebt, gehöre einem und demselben Eigenthümer, und es habe der Eingeschlossene seit dreißig Jahren die Ueberfahrt an einer bestimmten Stelle genommen, so wird man nach allgemeinen Grundsätzen sagen: daß dem Ein-

Digitized by Google

geschlossenen eine Dienstbarkeit zusteht, ist gewiß, und nur die Stelle, wo sie ausgeübt werden soll, konnte noch in Frage kommen. Eine Anweisung der Stelle hat bisher nicht stattgefunden, sondern der Berechtigte hat sich factisch den Weg gebildet und ihn seit dreißig Jahren benutzt. Da nun in dem Falle, wo das Dasein einer Weggerechtigkeit gewiß, eine ursprüngliche Anweisung aber nicht dargethan ist, der dreißigjährige Besitzstand über die Richtung des Weges entscheidet (siehe oben S. 272), so muß es auch fernerhin bei diesem Zustand verbleiben. Der dreißigjährige Besitzstand vertritt die Stelle der richterlichen Anweisung. Andere Grundsätze können aber auch dann nicht eintreten, wenn das umgebende Feld unter mehrere Eigenthümer getheilt ist, oder getheilt wird. Sie bilden in Bezug auf das Recht zum Nothweg gleichsam ein Ganzes, und die Auswahl der geeignetsten Stelle entscheidet darüber, welchen einzelnen Gutsbesitzer die Last trifft. Würde aber durch ein Naturereigniß dieser Weg unbrauchbar werden, so geht die Last auf ein anderes Grundstück über. Warum sollte nun hier die Verjährung nicht ebenfalls das richterliche Urtheil ersetzen können? Wenn das Gesetz sagt, daß nach dreißig Jahren keine Entschädigung mehr statt finde, aber dem ohngeachtet der bisherige Weg fortdauern müsse, (le passage doit être continué) so ist es augenscheinlich seine Absicht gewesen, alles weitere Verfahren des Richters, welches sonst nöthig gewesen wäre, abzuschneiden, und die Sache als durch den Besitzstand geregelt zu betrachten. Es ist dieses ein ganz anderes Verhältniß, als bei der Ersitzung eines Weges, den man nicht nöthig hat. Hier handelt es sich um die Erwerbung des Rechtes selbst, und dort handelt es sich nur um die Richtung des Weges.

Hat der Eingeschlossene, ohne ein richterliches Erkenntniß zu begehren, sich factisch einen Weg gebahnt, so hat der Eigenthümer des betreffenden Grundstückes die Wahl, entweder — seine Verbindlichkeit zur Gestattung des Weges anerkennend — Entschädigung zu fordern, oder falls er glaubt, die Last sei einem anderen aufzulegen, negatorisch seine Verbindlichkeit zu bestreiten. In diesem Streite aber handelt es sich eigentlich wieder nicht um die

Digitized by Google

Existenz der Dienstbarkeit, sondern nur darum, dieselbe auf das einem anderen Eigenthümer gehörige Grundstück zu wälzen, und es sind daher bei diesem Streite auch die nachbarlichen Grundstücke wesentlich interessirt, indem die Entscheidung über die Freiheit des einen indirect die Belastung eines anderen Grundstückes in sich schließt. *)

Das Gesetz bestimmt nur, daß das Recht auf Entschädigung in 30 Jahren verjährt sei, und es ist jetzt die allgemeine Ansicht, daß diese Verjährung nicht etwa erst dann beginne, wenn die Summe festgesetzt ist, sondern von dem Augenblick an, wo von dem Wege Gebrauch gemacht wird, also die Klage auf Bestimmung einer Entschädigung geboren ist. Das Gesetz sagt ferner, daß der bisherige Weg fortgesetzt werden müsse, und man kann es gewiß nur vernünftig nennen, wenn das Gesetz damit alle weiteren Streitigkeiten über die Richtung des Nothweges zwischen dem Eingeschlossenen, dem Besitzer des befahrnen, und den übrigen Besitzern der angränzenden Grundstücke abschneiden wollte. Wenn auch vorzugsweise nur von einer erlöschenden Verjährung die Rede ist, so stimmt doch die Festsetzung der Wegesrichtung durch den Besitzstand mit den allgemeinen Grundsätzen über erwerbende Verjährung überein, und eine ähnliche Unvollständigkeit im Ausdruck finden wir bei der ganz analogen Regel des Satzes 643. Dieser Satz gibt nämlich den Bewohnern eines Dorfes u. s. w. ein Recht auf Benützung jeder Quelle, welche ihnen das nöthige Wasser verschafft, und der Eigenthümer darf ihren Lauf nicht verändern. Das Bedürfniß ist der alleinige Grund des Rechtes, und es bedarf daher keiner Verjährung, um das aus dem Bedürfniß entspringende Recht wirksam zu machen. Dagegen sind die Einwohner verbunden, dem Eigenthümer der Quelle Entschädigung zu leisten, sofern nicht — verfügt das Gesetz weiter — die Einwohner den Gebrauch schon verjährt haben.

*) Ebendeßhalb sagt auch Zachariä §. 246, daß die Klage gegen sämmtliche Güterbesitzer zu richten sei. Vergl. Gilbert Code annoté ad art. 682. n. 21, 22.


Digitized by Google

Das Gesetz stellt also hier den Verlust der Entschädigung als Folge einer erwerbenden Verjährung des Benützungsrechts dar, und doch ist im Falle des Bedürfnisses eine erwerbende Verjährung gar nicht nothwendig. Offenbar und nach der Ansicht aller Schriftsteller (mit Ausnahme Proudhon's IV. 1388), sowie nach den Diskussionen wollte der Gesetzgeber nur sagen, daß das Recht auf Entschädigung erlösche, sobald die Einwohner die Quelle 30 Jahre benützt, und die Eigenthümer keine Entschädigung gefordert haben. Das Oberhofgericht, welches früher schon in mehreren Fällen, z. B. neue Jahrbücher VI. B. S. 46, die oben ausgeführte Ansicht über die Ersitzung des Nothweges ausgesprochen hat, ist in obigem Falle bei dieser Ansicht stehen geblieben. Eben so hat es an der Ansicht festgehalten, daß die Verbindlichkeit zur Gestattung eines Nothweges auch im Weg der Einrede geltend gemacht werden könne.

II. Nach dem Inhalt der Klage in Sachen des Spitals Ueberlingen gegen die Gemeinde Bambergen bestand ein Fahrweg durch den Wald des Spitals, welcher auf die hinter diesem Walde gelegenen, und den Einwohnern von Bambergen gehörigen Güter führte. Dieser Weg ist von dem Spital eingestellt worden, und da er dennoch fortbenützt werden sollte, so erhob man eine Entlastungsklage gegen die Gemeinde Bambergen. Diese ließ sich auf den Streit ein, und behauptete, daß die Einwohner von Bambergen schon seit unfürdenklichen Zeiten vor dem Jahr 1810 diesen Weg benutzt hätten, um auf den fraglichen Theil der Gemarkung zu gelangen, und daß sie sonst keinen anderen Weg hätten, um dahin zu gelangen. Die Gemeinde wurde in I. Instanz nach dem Klagbegehren verurtheilt, weil aus der Verhandlung sich nicht ergebe, daß die Gemeinde als moralische Person diejenigen Grundstücke eigenthümlich besitze, zu dessen Vortheil die Servitut behauptet wurde, und daher die Einrede der erwerbenden Verjährung von der Gemeinde nicht vorgeschützt werden könne. Eben dieser Umstand war in II. Instanz die Veranlassung zu dem entgegengesetzten Erkenntniß. Es wurde die Klage abgewie-

Digitized by Google

sen, indem man die Gemeinde als die unrechte Beklagte betrachtete, indem nicht behauptet sei, daß die Gemeinde den Weg als Besitzerin eines Grundstücks in Anspruch nehme, vielmehr in den Verhandlungen nur von einer Durchfahrt zum Vortheil der einzelnen Einwohner die Rede sei.

Was also vom Unterrichter als Mangel der Activlegitimation der Beklagten zur Verfolgung eines Wegrechtes angesehen wurde, hat man in II. Instanz als Mangel der Passivlegitimation für Anstellung der Negatorienklage betrachtet. In dritter Instanz wurde von einem Votanten hierüber folgendes bemerkt:

Die Negatorien-Klage kann allerdings nur gegen den erhoben werden, der eine Dienstbarkeit für sich und in eigenem Namen anspricht, und diese Voraussetzung ist bei der Gemeinde Bambergen nicht vorhanden. Denn sie erklärt deutlich, daß die bestrittene Weggerechtigkeit zum Vortheil von Gütern behauptet werde, die den einzelnen Einwohnern gehören. Auch ist dieses Recht kein solches, welches den einzelnen Einwohnern in der Eigenschaft als Angehörige der Gemeinde zustehen würde, und es läßt sich daher die Sachlegitimation von dieser Seite her auch nicht begründen. Dennoch ist der ganze Streit über den Legitimationspunkt in dem vorliegenden Falle unerheblich und auch von den Parteien selbst gar nicht angeregt worden. Die Prüfung der Legitimation hat nämlich den Zweck, ein nichtiges Urtheil, d. h. hier ein solches Urtheil zu verhüten, welches zwischen den wirklich legitimirten Parteien wegen Mangels ihrer Mitwirkung zum Prozesse keine Geltung hätte. Im vorliegenden Falle also müßte die Klägerin aus dem obigen Grund darum abgewiesen werden, weil eine Entscheidung über das bestrittene Wegrecht zwischen der Gemeinde auf der einen und dem Spital auf der andern Seite, für oder gegen die eigentlichen Interessenten, nämlich die einzelnen Einwohner in ihrer Eigenschaft als Güterbesitzer, keine Gültigkeit haben würde. Es ergibt sich jedoch aus den gemeinderäthlichen Protokollen über die Einlassung auf den gegenwärtigen Rechtsstreit, daß die Gemeinde Bambergen aus 17 stimmfähigen, bei dem Waldwege betheiligten Bürgern

Digitized by Google

besteht, und daß sie auf die Eröffnung der erhobenen Klage sich insgesammt dafür ausgesprochen haben, daß auf dem bisherigen Wege bestanden werden soll. Später, nämlich am 24. Novbr., haben wieder 16 Bürger, also alle mit Ausnahme eines einzigen, der ausgeblieben war, noch ausdrücklich beschlossen, daß der fragliche Rechtsstreit von der Gemeinde aufgenommen werden soll, was eigentlich schon in der ersten Abstimmung enthalten war. Der vorliegende Rechtsstreit wird also mit Wissen, Willen und Genehmigung der eigentlichen Prozeßgegner nämlich der Güterbesitzer geführt. Der Ausdruck „Gemeinde" erscheint nur als der Collectivname der sämmtlichen Bürger und Güterbesitzer, welche bei der Sache die eigentlichen Beklagten sind, und es kann der Fall nicht eintreten, daß ihnen gegenüber die Entscheidung der Hauptsache keine Wirksamkeit hätte. Sie müssen vielmehr ein ungünstiges Urtheil ebenso gegen sich gelten lassen, wie dem Spital Ueberlingen, wenn es im Falle der Abweisung eine neue Klage gegen die Güterbesitzer erheben wollte, die Einrede der entschiedenen Sache entgegenstände, indem es jene selbst als die eigentlichen Interessenten bezeichnet. Man kann auch nicht behaupten, daß die Aufnahme des Rechtsstreits von Seiten der Einzelnen in einer anderen Eigenschaft geschehen sei, als in ihrer Eigenschaft als Güterbesitzer, weil ja gerade diese letztere Eigenschaft der Grund war, warum sie sämmtlich in ihrer Vereinigung als Gemeinde den Prozeß aufgenommen haben. Es wäre hiernach eine unnütze Formalität, den gegenwärtigen Prozeß darauf hin zu entscheiden, daß es an der Sachlegitimation fehle. Hiernach wurde auch auf die Hauptsache eingegangen, und auf Beweise erkannt. R.

Digitized by Google

XXXIX.

Haftbarkeit der Gemeinden für die Handlungen ihrer Vorsteher.

(Herr gegen Wittenschwand.)

Im Jahr 1824 wurde dem Fidel Herr behufs seiner Verehelichung und Antretung seines angeborenen Bürgerrechts in der Gemeinde Wittenschwand, und behufs der bürgerlichen Annahme seiner Braut in dieser Gemeinde, auf Einsprache der Letzteren von dem Amte St. Blasien als Nachweis und Sicherheit der Mittel zur Beschaffung einer Wohnung, die Hinterlegung von 600 fl. zu Amte aufgegeben, welche Summe zur Sicherheit der beklagten Gemeinde verzinslich angelegt, und so lange stehen bleiben sollte, bis die Brautleute sich eine eigene Wohnung in dieser Gemeinde, oder das Bürgerrecht in einem andern Orte erworben haben würden. Die Zinsen sollten den Brautleuten zustehen.

In Folge dessen wurden unterm 26. Oktober 1824 von Seite des Klägers und seiner Braut die Summe von 512 fl. 31½ kr. zu dem bemerkten Behufe bei Amt vorgelegt, und von dem Amte sofort an den ebenfalls anwesenden Vorstand der beklagten Gemeinde mit der Weisung übergeben, dieses Geld gegen gesetzliche Versicherung verzinslich anzulegen, die dafür ausgestellten Obligationen in die Gemeindskasse zu deponiren, und dem Kläger und seiner Braut über die deponirten Obligationen einen Gegenschein zu ihrer Sicherheit auszustellen.

Ein solcher einstweiliger Gegenschein über die deponirte Geld-

Digitized by Google

summe wurde von dem Ortsvorstand, Vogt Ott, am 26. Mai 1824 ausgestellt.

Dem Kläger wurde hierauf die Heirathserlaubniß, und seiner Braut die bürgerliche Annahme in die beklagte Gemeinde ertheilt, und sie wurden mit Bewilligung des Amtes unterm 6. Juli 1824 getraut.

Unterm 17. Juni 1837 erwarben diese Eheleute ein anderes Bürgerrecht zu Bötzingen, und da für diesen Fall jene Sicherheitsleistung nach ausdrücklicher Bestimmung und nach der Natur der Sache aufhören und wegfallen mußte, so belangten sie die Gemeinde Wittenschwand auf Herausgabe der hinterlegten Summe, oder falls diese ausgeliehen sein sollte, auf Herausgabe der Schuldurkunde. Die Gemeinde weigerte sich diesem Begehren zu entsprechen, und der Kläger sollte sich an den Ortsvorstand halten, welcher das Geld in Empfang genommen, und für sich verwendet habe. Die Gemeinde wurde in beiden höheren Instanzen nach dem Klagbegehren verurtheilt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Es fragt sich, ob die vorbemerkte Hinterlegung für die Gemeinde selbst bindend, und ob diese für das an ihren Vorstand übergebene Geld verantwortlich sei? Dieß ist zu bejahen.

Nach der damaligen Staatsorganisation (Organisations-Edikt von 1809, Regierungsblatt No. 51, Beilage C. I. No. 19. Lit. h u. s) hatte das für solche Heirathsbewilligung und bürgerliche Annahme competente Amt für die ihm untergebene Gemeinde gehandelt, wenn es auf Einvernahme derselben, respektive ihres Vorstandes, die Hinterlegung jenes Geldes als Sicherheit respektive Faustpfand zu Handen der Gemeinde anordnete, und es lag hierin zugleich für die Gemeinde die Einnahms-Dekretur (dieser vorübergehenden Einnahme) deren Ertheilung nach dem citirten Organisations-Edikte No. 25. Lit. a. ebenfalls dem Amte zustand. Die angeordnete Art der Sicherheitsleistung war daher für die Gemeinde bindend. Aber auch die Uebergabe des

Digitized by Google

Geldes an den Ortsvorstand (Vogt) Namens der Gemeinde, mußte, da sie unter Gutheißung und eigener Vermittlung des Amtes, als vorgesetzter Behörde, und zum Vollzuge der von dieser erlassenen Verfügung geschah, nach den damaligen Befugnissen eines Ortsvorstandes — Constitutions-Edikt von 1807 (Regierungsblatt Nr. 26) Absatz 2 und 3 und Organisations-Edikt von 1809, (Regierungsblatt No. 51) Beilage B. No. 7. Lit. b und k, so angesehen werden, als wäre sie an die Gemeinde selbst geschehen.

Es kommt also für die Verbindlichkeit der Gemeinde auf die vom Kläger weiter vorgelegte sogen. Schuldurkunde vom 16. Juni 1836 mit den Unterschriften des Bürgermeisters (Ott), und dreier Gemeinderäthe, welche letztere Unterschriften übrigens beanstandet sind, nicht mehr an, in welcher Urkunde indessen jene Geldhinterlegung von Bürgermeister und Gemeinderath beurkundet, und dabei auch bemerkt ist, daß das Geld von der Gemeinde bei zwei Schuldnern verzinslich angelegt, und der Zins bis Georgi 1836 von der beklagten Gemeinde an den Kläger entrichtet worden sei.

Ebenso kommt es auf die weiteren thatsächlichen Behauptungen des Klägers, daß jenes Geld für die Gemeinde verzinslich angelegt, und der Zins jeweils von der Gemeinde an den Kläger entrichtet worden sei, nicht mehr an, da aus diesen Umständen nur weitere Verpflichtungsgründe für die beklagte Gemeinde zur Herausgabe des Geldes u. s. w. abgeleitet werden sollen. Nur insoweit sind diese Anführungen zu berücksichtigen, als daraus, sowie schon aus den Bestimmungen bei der Hinterlegung des Geldes, selbst sich das Begehren der Klage rechtfertigt, welches für diesen Fall nur auf Herausgabe der Schuldurkunden über die etwaige Anlegung des Geldes und Rechnungsstellung gerichtet ist.

Die Pflicht der Rechnungsstellung über die Verwaltung des Geldes, ergiebt sich aus den Pflichten eines guten Hausvaters, die der beklagten Gemeinde sowohl bei einer Hinterlegung nach L.R.S. 1927 ff., als bei einem Faustpfand L.R.S. 2079 und 2080 verglichen mit 1137 oblagen.

Digitized by Google

Der vom Unterrichter erkannte Eid und überhaupt jede Eidesauflage erscheint hiernach überflüssig, und es war vielmehr wie geschehen, die beklagte Gemeinde unbedingt nach dem Klagbegehren zu verurtheilen, und zwar gemäß §. 169 der Pr.-O. unter Verfällung in alle Kosten.

Oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe. (I. S.)

Bei der rechtlichen Beurtheilung der von der beklagten Gemeinde erhobenen Beschwerde handelt es sich nur um die Frage, ob dieselbe durch die (vom Kläger behaupteten und erwiesenen) Handlungen ihres Vorgesetzten verpflichtet werden konnte.

Aus den amtlichen Protocollen vom 21. und vom 26. Mai 1824 geht hervor, daß die Hinterlegung der jetzt eingeklagten Summe von dem Bezirksamte St. Blasien nur im Interesse der Gemeinde Wittenschwand angeordnel worden war, indem ihr die zu hinterlegende Summe dafür Sicherheit gewähren sollte, daß ihr nicht später der Kläger und dessen Familie, wegen Vermögenslosigkeit zur Last fallen. Bei dieser Hinterlegung handelte daher Bürgermeister Ott nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der Gemeinde, deren Interessen er zu vertreten hatte, indem ihm das hinterlegte Geld von dem Bezirksamt St. Blasien mit der Auflage übergeben wurde, dasselbe zur Sicherstellung der Gemeinde gegen gerichtliche Versicherung anzulegen, und die Schuldurkunde in der Gemeindskasse zu hinterlegen. Bürgermeister Ott nahm daher dieses Geld nicht für sich, sondern für die Gemeinde in Empfang. Daß aber Bürgermeister Ott als der gesetzliche Vertreter der Gemeinde berechtigt war, dieses Geld, welches keine Gemeindseinnahme bildete, und deßwegen nicht in die Gemeindskasse fließen konnte, sondern zur Sicherstellung der Gemeinde verzinslich angelegt werden sollte, für die Gemeinde in Empfang zu nehmen, das kann keinem Zweifel unterliegen, indem die Ortsvorsteher nach dem Organisations-Edikt vom Jahr 1809, Beilage B. No. 7. Lit. l, zu allen Handlungen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet waren, durch welche der Nutzen der Gemeinde

Digitized by Google

befördert werden kann. Wenn daher Bürgermeister Ott dieses ihm von dem Bezirksamte St. Blasien übergebene, zur Sicherstellung der Gemeinde bestimmte Geld in Empfang nahm, so handelte er innerhalb der Grenzen der ihm durch seine Anstellung als Bürgermeister ertheilten allgemeinen Vollmacht, weßhalb er durch die Annahme des hinterlegten Geldes die beklagte Gemeinde zu dessen Rückerstattung verpflichtete, indem der Machtgeber nach dem L.R.S. 1998 verbunden ist, die von seinem Gewalthaber innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. *) R.

---

*) In Seuffert Archiv I. S. 172 wird eine ähnliche Entscheidung des Obera.-Gerichts zu Dresden mitgetheilt. Es wird dort gesagt: „Ist eine Stadtgemeinde Gerichtsherr, in dessen Namen und Auftrag die Gerichtsbarkeit durch Stadtgerichte ausgeübt wird, so hat sie als solcher aus ihrem Kämmereivermögen den Schaden zu ersetzen, welchen ihre, zur Verwaltung der Gerichte beauftragten Beamten aus Fahrlässigkeit einem Dritten zugezogen haben. Jede universitas kann durch ihre Beauftragten, welche in ihrem Namen handeln, insbesondere Gerichte verwalten, allerdings Dritte verletzen und in ihren Rechten schmälern, sei dieß nun durch wirkliche Handlungen oder Unterlassung der Anwendung der nöthigen Sorgfalt oder der sonst erforderlichen Maßregeln. Aus Verletzungen der Art erwächst der Commune eine Verbindlichkeit zum Schadensersatze, dergestalt, daß sie sofort, und ohne daß vorher die Beamten derselben, welche aus Fahrlässigkeit den Schaden veranlaßt haben, ausgeklagt werden müssen, vom Beschädigten auf Gewährung der Entschädigung aus dem Communvermögen belangt werden kann."

Digitized by Google

XL.

Verträge über den Rücklaß eines Abwesenden.

(Schönberger gegen Goldmann. Gerhard gegen Dierolf.)

Verträge, welche die Rechte auf den Rücklaß eines Abwesenden überhaupt und als ein Ganzes zum Gegenstande haben, sind wohl zu unterscheiden von Verfügungen des eingewiesenen Erben über einzelne zum Rücklasse gehörige Vermögensstücke. Nur von Verträgen der ersteren Art ist hier die Rede, und es wird bekanntlich darüber gestritten, ob und in wie weit derartige Verträge erlaubt seien.

Am 21. Dec. 1841 hat der Cassationshof ein Urtheil, welches sich für die Gültigkeit des Vertrages ausgesprochen, kassirt. Es hatte nämlich ein Bruder dem anderen seine Rechte auf den Nachlaß eines dritten Bruders verkauft, und dieser Vertrag wurde vom Cassationshofe für nichtig gehalten, weil die Sätze 791, 1130, 1600, welche alle Verträge über noch nicht angefallene oder eröffnete Erbschaften verbieten, auch auf die Verträge über den Rücklaß eines Abwesenden, der ebenfalls als eine noch nicht eröffnete Erbschaft zu betrachten sei, angewendet werden müssen.

Lauckhard Rechtsfälle Bd. 5. S. 244.

In gleichem Sinne hat das Oberhofgericht am 19. Dec. 1844 in Sachen Schönberger gegen Goldmann entschieden, jedoch war in diesem Falle die Veräusserung nicht an einen Miterben geschehen. Das Hofgericht des Mittelrheinkreises hatte in diesem Falle nach der entgegengesetzten Ansicht erkannt, und dieser Gerichts-

Digitized by Google

hof blieb seiner Meinung in dem später anhängig gewordenen Streite in Sachen Gerhard gegen Dierolf treu. Auch dieser kam an das Oberhofgericht, und die Streitfrage wurde hier wiederholt besprochen; da jedoch die Klage schon aus einem anderen formellen Grunde verworfen werden mußte, so beschränkte man die Entscheidungsgründe auf diesen Punkt. Es sollen hier zunächst die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts in Sachen Schönberger gegen Goldmann, dann die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe in Sachen Gerhard gegen Dierolf, und endlich ein Votum mitgetheilt werden, welches in der letzteren Sache beim Oberhofgericht abgegeben wurde, und von beiden Ansichten theilweise abweicht.

I. Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe in Sachen Schönberger gegen Goldmann.

Was die Hauptsache betrifft, so ist es unbestritten, daß die beiden Beklagten als die präsumtiven Erben des für verschollen erklärten Johann Scheuring von Odenheim schon im Jahre 1831 in den fürsorglichen Besitz des Vermögens des Letztern eingewiesen worden sind, welches damals 1538 fl. 56½ kr. betrug, ihnen jedoch nicht ausgeliefert wurde, weil sie dafür keine Sicherheit leisten konnten.

Ebenso unbestritten ist es, daß die Beklagten ihre Ansprüche an dieses Vermögen und die etwaigen Zinsen, welche sich damals, wie der Kläger zugiebt, auf etwa 700 fl. beliefen, in zwei von dem Kläger anerkannten Cessions-Urkunden vom 17. August 1838 dem Letztern um die Summe von 757 fl. abtraten. (Amts-Akten pag. 48 und 56.)

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind diese beiden Kauf- oder Cessions-Verträge, indem der Kläger deren Vollzug begehrt, während die Beklagten, welche nicht in Abrede stellen, diese Verträge mit dem Kläger abgeschlossen zu haben, deren Gültigkeit durch mehrere Einreden zu bestreiten suchen. Die Gültigkeit dieser Verträge wird nämlich von den Beklagten zunächst aus dem Grunde bestritten, weil sie die noch nicht eröffnete Erb-

Digitized by Google

schaft eines Verschollenen zum Gegenstande haben. Nach den L.R.S. 791 und 1131 sind nämlich Verträge über noch nicht angefallene Erbschaften ungültig, und nach dem L.R.S. 1600 kann die Verlassenschaft einer noch lebenden Person nicht einmal mit ihrer Zustimmung veräussert werden, weil man es nicht nur für unschicklich, sondern auch für gefährlich erachtete, die Erbschaft einer noch lebenden Person zum Gegenstande einer merkantilischen Speculation zu machen. Diese Gesetzes-Stellen gedenken zwar des Falles nicht ausdrücklich, wenn die präsumtiven Erben eines Verschollenen die ihnen an der Verlassenschaft des Letztern zustehenden Rechte veräußern. Da indessen Verträge über noch nicht eröffnete Erbschaften unbedingt verboten sind, eine Erbschaft aber nach L.R.S. 718 nur durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod einer Person eröffnet wird, so muß dieses Verbot auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Erbschaft eines Abwesenden Gegenstand des Vertrages ist, weil die Voraussetzungen dieses Verbotes auch in diesem Falle vorhanden sind, indem alle gesetzlichen Vorschriften über die den präsumtiven Erben an dem Vermögen eines Verschollenen zustehenden Rechte auf der Unterstellung beruhen, daß der Letztere noch am Leben, seine Erbschaft mithin seinen präsumtiven Erben noch nicht angefallen ist. Dies ergibt sich nämlich:

a. zunächt daraus, daß den präsumtiven Erben nach L.R.S. 125 nur das Recht zusteht, die provisorische Einweisung in den Besitz des Vermögens des Verschollenen zu begehren, daß sie dieses Vermögen nur als anvertrautes Gut zu verwalten haben, und dem Verschollenen, wenn er wieder erscheint, oder Nachrichten von demselben einlaufen, zur Rechnungs-Ablegung verpflichtet sind; sodann

b. daraus, daß sie für die gute Verwaltung dieses ihnen anvertrauten Vermögens nach L.R.S. 120 Sicherheit leisten müssen; weiter

c. daraus, daß sie nach L.R.S. 128 die zu diesem Vermögen gehörigen Liegenschaften weder veräussern noch verpfänden dürfen, und endlich

Digitized by Google

d. daraus, daß sie nach L.R.S. 129 erst dann die endgültige Einweisung in das Vermögen des Abwesenden begehren können, wenn seit der fürsorglichen Einweisung 30 Jahr umlaufen sind, weil erst dann die Vermuthung dafür eintritt, daß der Abwesende nicht mehr am Leben ist.

Da die Beklagten zur Zeit, als sie dem Kläger ihre Ansprüche an das Vermögen des verschollenen Johann Scheuring abtraten, noch nicht endgültig, sondern nur fürsorglich in den Besitz dieses Vermögens eingewiesen waren, da ihnen mithin damals nur ein eventuelles Erbrecht an dem Vermögen des Verschollenen zustand, dessen Erbschaft aber, weil der Letztere gesetzlich als noch lebend angesehen wird, ihnen noch nicht angefallen war, so waren sie auch nicht berechtigt, ihre Ansprüche an dieses Vermögen zu veräussern, weshalb die von ihnen am 17. August 1838 mit dem Kläger abgeschlossenen Cessions-Verträge, weil sie die Verlassenschaft einer noch lebenden Person zum Gegenstand haben, nach den oben allegirten Gesetzes-Stellen ungültig sind, und keine klagbare Verbindlichkeit begründen konnten.

Da hiernach die von dem Kläger erhobene Klage in Rechten nicht begründet war, die Beklagten mithin als beschwert erscheinen, wenn das Großh. Hofgericht durch das am 17. Okt. 1843 erlassene Erkenntniß den Vertrag vom 17. August 1838 für rechtsbeständig, und die Beklagten unter Verfällung in die Kosten für schuldig erklärte, die Auslieferung des Scheuring'schen Vermögens an den Kläger geschehen zu lassen, so wurde dieses Erkenntniß nach dem Antrage der Beklagten abgeändert.

II. Hofgerichtliche Entscheidungsgründe in Sachen Gerhard gegen Dierolf.

Am 19. Februar 1842 schlossen die beiden Kläger mit der Beklagten bei der elterlichen Erbtheilung einen Vergleich ab, in welchem unter anderm bestimmt wurde, daß die Kläger auf alle Ansprüche an das Vermögen des für verschollen erklärten Jakob Gerlach verzichten, und alle daraus fließende Vortheile der dermaligen Beklagten, welche nebst den Klägern in fürsorglichen Besitz

jenes Vermögens eingewiesen war, überlassen, wogegen diese verschiedene andere Verbindlichkeiten zu übernehmen versprach. Dieses Uebereinkommen wird nun, so weit dasselbe jenen Verzicht in sich schließt, unter Berufung auf die L.R.S. 791, 1130, 1600, als die Erbschaft einer lebenden Person betreffend als nichtig angefochten.

Um die Nichtigkeit eines Vertrags auf den Grund dieser Landrechtssätze begehren zu können, muß aber in der deßfallsigen Klage behauptet werden, daß derjenige, um dessen Vermögen es sich handelt, zur Zeit der Abschließung jenes noch am Leben gewesen ist.

Diese Behauptung wurde jedoch in der erhobenen Klage nicht aufgestellt, sondern darin nur gesagt, daß Gerlach zu jener Zeit für verschollen erklärt gewesen sei, und es wird dabei ausgeführt, daß weil seit der fürsorglichen Einweisung noch nicht 30 Jahre verflossen, und seit dem Geburtstage des Abwesenden noch nicht 100 Jahre umlaufen seien, derselbe nicht als todt betrachtet werden, und darum dessen Erbschaft nicht als eröffnet gelten könne.

Es ist nun zwar allerdings richtig, daß nach Eintritt des Zeitpunkts, in welchem die fürsorgliche Einweisung sich in eine endgültige verwandelt, dann erst das Gesetz von der Vermuthung ausgeht, daß der Abwesende todt sei; allein daraus folgt nicht, daß jener vor diesem Zeitpunkt als lebend angesehen werden müsse. Nur in der ersten Periode der Abwesenheit, wenn nämlich seit dem Verschwinden desselben oder seit den letzten von ihm eingegangenen Nachrichten, fünf, oder im Fall der Zurücklassung eines Bevollmächtigten zehn Jahre verflossen sind, unterstellt das Gesetz, daß er sich noch am Leben befinde, in der 2. Periode aber, wenn jener Zeitraum umlaufen ist, und die muthmaßlichen Erben in den fürsorglichen Besitz eingewiesen sind, tritt nicht die nämliche gesetzliche Unterstellung ein, sondern in dieser 2. Periode wird der Abwesende von den Gesetzen weder für todt noch für lebend gehalten, sondern nur als ein Mensch betrachtet, von welchem es ungewiß ist, ob er lebe oder gestorben sei.

Digitized by Google

Diese unterstellte Ungewißheit genügt aber nicht, um darauf hin einen Vertrag umzustoßen, weil dieser die Erbschaft einer lebenden Person in sich schließe, sondern hiezu gehört die Gewißheit des Lebens zur Zeit der Eingehung desselben. Zu der angestellten Klage war deßhalb die Behauptung erforderlich, daß der abwesende Gerlach um jene Zeit noch gelebt habe. Da aber eine solche, wie bereits angeführt, nicht gemacht wurde, so kann jene Klage auch nicht durch die Gesetzesstellen, wonach Verträge über Erbschaften lebender Personen ungültig sind, begründet worden.

Zudem erscheint aber auch die Klage darum nicht begründet, weil zu Folge der Landrechtssätze 128 und 60 den Klägern, welche bloß fürsorglich in das Gerlachische Vermögen eingewiesen, und sonach nur Verwalter fremden Vermögens sind, gleich dem Verkäufer einer fremden Sache, nicht die Befugniß zusteht, die von ihnen abgeschlossenen Verträge über theilweise oder gänzliche Veräusserung anzufechten, indem vielmehr das Recht hiezu nur dem Eigenthümer selbst zukommt.

Endlich wurde die erhobene Klage auch deßhalb nicht als begründet erkannt, weil durch dieselbe nur die Bestimmung des Vertrags hinsichtlich des Verzichts auf das fragliche Vermögen als nichtig angefochten wird, während doch in jenem auch Gegenleistungen von Seiten der Beklagten übernommen worden sind, und weil deßhalb jedenfalls das Klagbegehren auf Ungültigkeitserklärung des Vertrags selbst, und nicht bloß einer einzelnen Vertragsbestimmung hätte gerichtet werden müssen.

III. Votum i. S. Gerhard gegen Dierolf.

Die Unveräusserlichkeit der Rechte, welche dem präsumtiven Erben eines Abwesenden auf das von diesem zurückgelassene Vermögen zukommen, soll durch die Behauptung begründet werden, daß in einer solchen Veräusserung ein Verzicht auf eine noch nicht eröffnete Erbschaft liege. Offenbar enthält jedoch dieser Einwand eine petitio principii, weil man nicht weiß, ob das Vermögen, welches der Abwesende zurückgelassen hat, eine schon eröffnete Erbschaft bildet oder nicht. Man kann weder das

eine noch das andere behaupten, eben weil diejenige Thatsache, welche die Richtigkeit der einen oder anderen Behauptung bedingt, nämlich Leben oder Tod des Abwesenden, eine völlig unbekannte ist. Bei einem solchen Zweifel muß aber ein Vertrag in so lange aufrecht erhalten werden, als nicht derjenige, der die Ungültigkeit behauptet, die Thatsache beweist, welche die Ungültigkeit bedingt. Würde dieser Beweis geführt, so könnte von einem Abwesenden oder Verschollenen und von provisorischen Rechten auf dessen Rücklaß überhaupt keine Rede mehr sein.

Zudem schlagen hier die Motive nicht an, welche das Verbot der Verträge über künftige Erbschaften herbeigeführt haben. Das Gesetz hat bei diesem Verbot den Fall vor Augen, wo der Veräusserer wegen des gewissen und bekannten Lebens der zu beerbenden Person noch gar keine wirklichen Rechte, sondern nur Aussichten auf die künftige Erwerbung von Rechten besitzt. Der provisorisch Eingewiesene aber hat durch die Einweisung Rechte erlangt, nur sind diese mit einer Resolutivbedingung versehen. Auch fällt hier das Motiv der Unsittlichkeit solcher Verträge hinweg. Endlich kommt in Betracht, daß jenes Verbot gar nicht durchführbar ist. Keiner der präsumtiven Erben kann nämlich gezwungen werden, sich in die Güter eines Abwesenden einweisen zu lassen. Es steht ihm frei, von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen, und dadurch indirect seine Rechte auf andere Personen, seine Miterben u. s. w. zu übertragen. Und wenn dieses einmal geschehen und die Miterben eingewiesen sind, so kann man demjenigen, der die Einweisung nicht angenommen oder nicht begehrt hat, nicht wieder gestatten, seine Ausschlagung als ungültig anzufechten und die Einweisung über den Haufen zu werfen.

Es können ferner unter den einzuweisenden Erben Streitigkeiten über ihre Rechte und über den Umfang derselben, über die Theilung des Vermögens u. s. w. entstehen, und wenn nun diese Streitigkeiten durch Uebereinkunft ausgeglichen werden, so müßte man in Anwendung des Satzes 1130 alle diese Verträge für nichtig und wirkungslos erklären, was doch offenbar durch die

Digitized by Google

Motive jenes Verbots auf keine Weise gerechtfertiget werden könnte.

Hieraus folgt nun, daß von einer Anwendung des Satzes 1130 auf den vorliegenden Fall keine Rede sein kann, und daß wenigstens unter den Miterben Verträge zugelassen werden müssen. Dagegen folgt aus dem Bisherigen noch keineswegs, daß der Erbe, welcher eingewiesen ist, seine Rechte beliebig an einen Dritten veräussern, d. h. einen Dritten an seine Stelle setzen kann. Es versteht sich von selbst, daß hier nicht von der Veräusserung einzelner Vermögensstücke, sondern von der Uebertragung des ganzen Rechtsverhältnisses die Rede ist, in welches der Eingewiesene durch die Einweisung eingetreten ist, und eben diese Uebertragung ist aus einem anderen Grunde nicht zulässig. Der Eingewiesene ist nach S. 125 als Verwalter fremden Vermögens zu betrachten, und hat als solcher durch die Einweisung nicht blos Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten übernommen. Nach allgemeinen Grundsätzen kann derjenige, der in ein solches Verhältniß eingetreten ist, nicht mehr nach Belieben einen Dritten substituiren, und sich dadurch gänzlich von den übernommenen Verbindlichkeiten lostrennen. Am allerwenigsten aber kann der eingewiesene Erbe eine Person, die nicht zu den Erben gehört, an seine Stelle setzen, denn das Gesetz ruft nur die Erben, also die Verwandten des Abwesenden zur Einweisung, nicht blos, weil sie ohnedies die nächst Berechtigten sind, sondern weil ihnen vermöge des verwandtschaftlichen Verhältnisses die Güter des Abwesenden am ehesten anvertraut werden können. Wenn sich auch behaupten läßt, daß es gegenüber von dem Abwesenden gleichgültig sei, ob alle oder nur einzelne der nächsten Erben die Verwaltung übernehmen, so ist es doch keineswegs gleichgültig, ob ein Verwandter oder ein Dritter eingewiesen wird.

Aus diesen Gründen muß daher die vorliegende Streitfrage dahin beantwortet werden, daß zwar unter denjenigen Personen, welche kraft Gesetzes zur Einweisung berufen sind, Verträge über dieses Rechtsverhältniß abgeschlossen werden, und daß insbesondere Einzelne der Berufenen zu Gunsten der Mitberufenen auf ihre Rechte

Digitized by Google

verzichten können, dagegen ist es unzulässig, daß eine jener Personen einen Dritten, der gar nicht zu den Erbberechtigten gehört, an ihre Stelle setze. Diese Unzulässigkeit stützt sich aber nicht darauf, daß es sich um Veräusserung der Rechte an eine künftige Erbschaft handelt, sondern der Grund liegt darin, daß das Gesetz überhaupt nur die Verwandten in das Rechtsverhältniß einsetzt, welches einestheils Rechte und anderntheils Pflichten umfaßt, wovon letztere ohnedies nicht auf andere Personen übertragen werden können. R.

Digitized by Google

XLI.

Eintrag des Eigenthumstitels im Laufe des Eigenthumstreites.

(Baum gegen Fiskus.)

In Nro. X. ist gezeigt worden, wie der Grundsatz, daß die Erfordernisse der Klage nach dem Zeitpunkt der Litis-Contestation beurtheilt werden müssen, keineswegs auf alle und jede Erfordernisse der Klage anwendbar sei, daß es vielmehr bei blos faktischen Bedingungen der Rechtsverfolgung genüge, wenn dieselben vor der Urtheilsfassung eintreten. Eben diese Regel wurde auch in folgendem Falle (Baum gegen Fiskus) zur Anwendung gebracht.

Dem Kläger, welcher seine Klage unter Anderem darauf stützte, daß er Eigenthümer einer gewissen Liegenschaft sei, wurde entgegengehalten, daß sein Rechtstitel nicht im Grundbuche eingetragen sei, und daß er deßhalb nach Satz 1583.a sein Eigenthum in den Gerichten nicht geltend machen könne. Der Kläger suchte im Laufe des Prozesses diesem Mangel dadurch abzuhelfen, daß er den Eintrag bewirken ließ und sofort bei der Beweisantretung denselben beibrachte. Das mittelrh. Hofgericht wies nun die Klage zur Zeit ab, weil jenes Erforderniß zur Zeit der Anstellung der Klage noch nicht vorhanden gewesen sei.

Das Oberhofgericht II. Senat aber hob dieses Urtheil auf und remittirte die Acten zur Entscheidung der Hauptsache.

Uebrigens wurde der Kläger in 1/6 der Kosten I. Instanz verfällt, weil er durch jenen Mangel die Einwendung veranlaßt hatte.

Digitized by Google

Anmerkung.

Wir haben keine ausdrücklichen Bestimmungen in unserer Prozeßordnung über die hier abermals zur Sprache gekommene Frage. Wer daher auf den Buchstaben der Prozeßordnung schwört, könnte statt des Beweises, daß man solche im Laufe des Prozesses erst eingetretene Thatsachen berücksichtigen dürfe, eher den umgekehrten Beweis fordern, daß man sie nicht beachten dürfe, da ja die Prozeßordnung dieses nicht ausdrücklich verboten, beziehungsweise nicht vorgeschrieben habe, daß man den Stand der Sache bei Abfassung des Urtheils lediglich nach dem Zeitpunkt der Kriegsbefestigung beurtheilen müsse. Dennoch hat man in der Praxis nicht selten dieses Gebot mit einer eben so unbilligen als unzweckmäßigen Strenge gehandhabt, und in einem gegenwärtig der zweiten Kammer vorliegenden Gesetzentwurfe, welcher verschiedene Aenderungen an der Prozeßordnung zum Gegenstande hat, wird §. 42, verordnet:

> Wenn ein im Rechtsstreit verfolgter Anspruch als noch nicht klagbar bestritten, jedoch im Laufe des Rechtsstreits seine Klagbarkeit jedenfalls eingetreten ist, so hat der Richter nach der nunmehrigen Sachlage zu erkennen, vorbehaltlich der Pflicht der Partei, welche ihren Anspruch zu frühzeitig geltend gemacht hat, die dadurch veranlaßten Kosten zu tragen.

In den Motiven hiezu wird behauptet, daß nach unserem gegenwärtigen Prozeßrecht jeder Rechtsstreit nach dem Stand der Sache zur Zeit der Klage beurtheilt werden müsse; der oberste Gerichtshof hat nun aber wiederholt und aus guten Gründen entschieden, daß diese Regel nicht in solcher Allgemeinheit richtig, und daß namentlich dasjenige, was hier erst zum Gesetze erhoben werden soll, bereits und zwar in einer noch umfassendern Weise Rechtens sei. Man kann auch kaum zweifeln, daß dieses allgemein als richtig anerkannt, und daß nicht etwa eine Forderung, die vielleicht 14 Tage zu früh eingeklagt wurde, nach einem dreijährigen Prozesse als zur Zeit unstatthaft verworfen werde.

Digitized by Google

Es wäre daher unnütz, dieses noch besonders zu verordnen, wenn man nicht etwa blos den Zweck hat, die Zweifel nachträglich zu lösen, die früherhin über diesen Punkt etwa bestanden haben mögen.

Zudem hat man neuen Streitfragen durch obige Bestimmung Raum gegeben. Wie soll es nämlich gehalten werden, wenn die fraglichen Thatsachen erst während der Anhängigkeit des Prozesses in der Appellationsinstanz eingetreten sind, aber bei der Fällung des Urtheils erster Instanz noch nicht eingetreten waren? z. B. eine Klage wird vom Unterrichter mit vollem Recht als zur Zeit unstatthaft verworfen. Der Kläger appellirt und oberappellirt. In der Zwischenzeit verfällt der Anspruch. Soll nun der Oberrichter das Urtheil des Unterrichters, das doch ein gerechtes war, abändern? Auch umfassen die Worte des §. 42 nicht alle diejenige Fälle in Ansehung persönlicher und dinglicher Klagen, welche nach eben derselben Regel behandelt werden müssen. Man vergleiche die in Nro. X. S. 192 zitirten Schriften, und man wird sich hievon leicht überzeugen. R.

XLII.

Die Bestrafung der Lüge im Prozeß.

(In U. S. gegen Seligmann R.)

Seligman R...... hatte von R. ein öffentliches Schuldbekenntniß über ein Darlehen unter dem Versprechen zu erlangen gewußt, daß er die, größtentheils noch nicht vorgeschossene, sondern erst noch darzuleihende Summe an einem anderen Orte seinem Schuldner aushändigen werde. Statt dessen erhob er alsbald eine Klage auf Zahlung des ganzen Betrages mit Bitte um unbedingten Befehl, den er auch erwirkte und in das Unterpfandsbuch eintragen ließ. Der Beklagte schützte sofort die Einrede des nicht gezahlten Geldes und des Betruges vor, und Seligman R. wurde wegen Betruges in Untersuchung genommen, und vom Hofgericht des Mittelrheinkreises desselben für schuldig erkannt, welches Urtheil auch vom Oberhofgericht bestätiget wurde. Hier ist jedoch das Bedenken erhoben worden, daß die dolose Handlung des Rekurrenten ihrem wesentlichsten Theile nach nur in einer gerichtlichen Lüge, wogegen sich der Beklagte habe vertheidigen können, bestehe, indem ohne die erhobene Klage der Thatbestand eines Verbrechens nicht vorliegen würde. Es komme also darauf an, ob die unwahre gerichtliche, durch eine an sich ächte Urkunde unterstützte Behauptung des vorgeschossenen Darlehens als ein kriminel strafbarer Betrug anzusehen sei. Man könne zwar nicht bezweifeln, daß die Lüge vor dem Richter, die positive wie die negative, eine Rechtswidrigkeit enthalte, oder mit anderen Worten, daß keiner Partei das Recht zustehe, sich der Lüge zu bedienen. Verträge fordern redlichen Vollzug. Es sei daher

Alles rechtswidrig, was ein Contrahent unternehme, um sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu entziehen, und man könne es nicht für rechtlich erlaubt halten, daß ein Contrahent durch das Mittel der Vertragsabläugnung sein Wort zu brechen suche. Noch weniger könne es also rechtlich erlaubt sein, das einem Contrahenten von dem anderen geschenkte Vertrauen in obiger Weise zu täuschen. Was aber die Frage betreffe, ob hier ein strafbares Vergehen vorliege, so seien die Schriftsteller, obwohl im Obigen einig, verschiedener Meinung darüber, ob und in wie weit jene Rechtswidrigkeit der gerichtlichen Lüge als Betrug zu behandlen sei. Am weitesten gehe hierin Klien im neuen Archiv des Crim. Rechts. I. S. 149, welcher sagt:

„Selbst das Lügen unter der Gestalt des bloßen Abläugnens wohlbekannter Thatsachen ist rechtswidrig und verpönt, sobald es die Kränkung der früher erworbenen Rechte Anderer beabsichtiget. Wer im Prozesse ihm wohlbekannte Thatsachen, aus welchen Rechte des Anderen folgen, böslicher Weise abläugnet, bezweckt Betrug. Sollte denn der Schuldner, der in betrüglicher Absicht seine Handschrift abläugnet, um dadurch den Gläubiger um seine Forderung zu bringen, von einer öffentlichen Strafe frei sein? Und wenn der seine Handschrift Abläugnende mit Strafe zu belegen ist, warum sollte der frei davon sein, der sein mündlich gegebenes Wort nach derselben Maxime verläugnet?"

Dagegen glaube Escher (vom Betrug S. 206) das Gegentheil. Man könne zwar, sagt er, leicht versucht sein, das wissentliche Behaupten falscher Thatsachen oder das wissentliche Abläugnen wahrer Thatsachen, das wissentliche und beharrliche Lügen in Civilprozessen für strafbaren Betrug zu erklären. Diese Art des Betruges scheine sogar doppelt strafbar dadurch, daß ein solcher Betrüger den Schein des Rechtes mißbrauche und den Richter zum Werkzeug herabwürdige, seine eigennützigen Absichten zu erreichen. Auch werde man nicht ohne Schein von Grund sagen, daß der auf solche Fälle angewendete Strafernst das einzig wirksame Mittel sei, die Pest der Prozesse zu vertilgen, während die Straflosigkeit der frechsten Lügen die Ursache der meisten

Digitized by Google

Prozesse sei. Allein die Strafgewalt dürfe nur da einschreiten, wo civilrechtlicher Zwang nicht hinreiche, Rechte zu schützen, das sei bei der Lüge im Civilprozesse nicht der Fall u. s. w. *)

Das Oberhofgericht erkannte jedoch, wie oben bemerkt, in der Erschleichung des Besitzes der Urkunde und in dem Mißbrauch derselben den Thatbestand des Betruges.

Anmerkung.

Ein Gesetzesentwurf über das bürgerliche Verfahren bringt nach dem Beispiele des französischen Prozesses eine Buße für das wissentliche Lügen durch Verläugnung einer ächten Privaturkunde in Antrag. Das ist zweckmässig. Unrichtig aber sind die Grundsätze, welche in den Motiven zu dieser Bestimmung der Oeffentlichkeit übergeben wurden. Es wird gesagt, daß zwar eine rechtliche Verbindlichkeit, in Prozessen bei der Wahrheit zu bleiben, nicht bestehe, sondern nur eine Sittenpflicht, daß man aber auch sittenwidrige Handlungen des öffentlichen Aergernisses wegen bestrafen könne. Derselbe Gesetzgeber also, welcher befiehlt, die Verträge redlich zu halten, sagt, daß derjenige, welcher, um den Vertrag zu brechen, denselben vor Gericht abläugnet, kein Unrecht begehe, sondern vom Standpunkt des Gesetzes in seinem Rechte, nämlich im Rechte der Lüge sei. Und indem er dieses lehrt, macht er zu gleicher Zeit die Pflicht, bei der Wahrheit zu bleiben, dadurch zu einer Rechtspflicht, daß er

---

*) Unser neues Strafgesetzbuch sagt in §. 401 über den Thatbestand der Unterschlagung:

„Wider den Inhaber, welcher dem zur Abforderung Berechtigten wissentlich wahrheitswidrig das Rechtsgeschäft oder den Empfang der Sache, zu deren Zurückgabe oder Ablieferung er verpflichtet ist, abgeläugnet hat, gilt die Vermuthung der absichtlichen, die Unterschlagung bedingenden Zueignung, sofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles etwas Anderes ergiebt."

Ist nun diese Abläugnung auf eine Klage hin vor Gericht geschehen, so wird es kaum einen Fall geben, in welchem diese Lüge einer günstigeren Auslegung fähig wäre.



1) demjenigen, der erhebliche Thatsachen, die er kennen mußte, abläugnet, auch im Fall seines Sieges, die dadurch veranlaßten Kosten aufbürdet, (was aber jetzt schon Rechtens ist) und

2) bei Abläugnung von Urkunden noch weiter eine Geldstrafe androht.

Die Pflicht zum Kostenersatze beruht nämlich darauf, daß derjenige, der sie zahlen soll, eine unrechte That begangen habe. Wenn man also Jemanden seines Läugnens wegen Kosten zuweist, liegt darin nothwendig die Erklärung, daß dieses Läugnen eine rechtswidrige Handlung sei. Auch kann der Gesetzgeber unmöglich eine Handlung im Gebiete des bürgerlichen Rechts bestrafen, wenn er der Ansicht ist, daß sie nach dem bürgerlichen Rechte erlaubt sei. Wer von seinem Rechte Gebrauch macht, kann allerdings vom Standpunkte der Moral in manchen Fällen getadelt werden, allein es ist nicht zu rechtfertigen, eine Handlung einer Seits für einen Rechtsgebrauch und anderer Seits für strafbar zu erklären*), oder überhaupt bloße Sittenwidrigkeiten im Gebiete des bürgerlichen Verkehrs mit Strafe zu belegen. Es wäre offenbar eine zu weit gehende Polizeimaßregel, wenn man das Unsittliche auch hier noch mit Strafe belegen wollte. Von einem öffentlichen Aergerniß in reinen Privatsachen kann wohl auch nicht die Rede sein, um dadurch die Bestrafung einer angeblich erlaubten Handlung zu rechtfertigen. Entweder muß man also die Rechtswidrigkeit der Lüge anerkennen oder deren Bestrafung unterlassen.

R.

*) Derselbe Entwurf sagt zwar in §. 32. „Die Partei, welche von dem Rechte des §. 15 Gebrauch macht, verfällt in eine Buße von 3 fl." und es lautet dieses gewiß höchst sonderbar. Allein es wird doch eigentlich nicht der Rechtsgebrauch, sondern der vorangegangene Ungehorsam bestraft.

XLIII.

Rückwirkung der Gesetze.

Vorbemerkung.

Die Ueberschrift wird die juristische Welt an Vorgänge erinnern, die so leicht nicht vergessen werden können und sollen, da sie die wichtigsten Gebote des Rechts- und der Gerechtigkeit in Frage stellten. Es ist dadurch hinlänglich gerechtfertiget, bei der Berührung dieser Materie durch Mittheilung eines Rechtsfalles vorerst der Grundsätze zu gedenken, welchen man im Schooße der gesetzgebenden Gewalt — wenn auch zum Glück vergeblich — Eingang zu verschaffen suchte.

Es wurden im Wesentlichen folgende zwei Behauptungen geltend gemacht, einmal: daß es in der Macht des Gesetzgebers liege, den Gesetzen rückwirkende Kraft zu verleihen, sodann weiter: daß gewisse Bestimmungen, welche die Gesetzeskraft erlangen sollten, eine Gesetzesrückwirkung gar nicht enthielten.

Zuvörderst muß bemerkt werden, daß man in der Wissenschaft allerdings noch nicht völlig ins Reine darüber gekommen ist, wie die Grenzen der rückwirkenden Kraft der Gesetze zu bestimmen seien. Bald werden sie enger, bald werden sie weiter gezogen, und die Anwendung der aufgestellten Grundsätze auf einzelne Fälle bietet oft neue Schwierigkeiten. Faßt man die engsten Grenzen ins Auge, so wird manches Gesetz, das man sonst als rückwirkend bezeichnet, diesen Vorwurf nicht verdienen, und es soll auch hier die engste Grenze beziehungsweise die weiteste für die Willkür des Gesetzgebers als die richtige angenommen werden, so daß nur dasjenige Gebiet als das der Rückwirkung erscheint, welches bisher überall dafür anerkannt wurde.

Digitized by Google

Was nun den ersten der oben erwähnten Sätze anbelangt, so läßt sich derselbe in einem gewissen Sinne allerdings nicht bestreiten. Die höchste Gewalt im Staate, welche keine Macht und keinen Richter über sich hat, kann faktisch befehlen, was ihr beliebt, sie mag nun einem Gewaltsherrscher oder den Faktoren der Gesetzgebung eines konstitutionellen Staates zukommen. Dagegen wird man schwerlich behaupten wollen, daß eine Maßregel, die ihres Inhaltes wegen dem Alleinherrscher als eine despotische anzurechnen wäre, dadurch den Stempel der Gerechtigkeit erlange, daß sie von der gesetzgebenden Gewalt eines konstitutionellen Staates ausgeht. Die Verfassung soll ja gerade eine Bürgschaft dafür gewähren, daß solche Maßregeln unterbleiben.

Auch das kann keinen Unterschied begründen, welche Form für die Ausführung der Maßregel gewählt wird. Ob sie nach dem „sic volo sic jubeo" eines Despoten zur Anwendung kommt, oder ob vorher ein Gesetz darüber abgefaßt wird, ist eines und dasselbe, wenn es sich darum handelt, was der Gerechtigkeit angemessen sei. Die Form des Gesetzes könnte hier nur als eine Maske angesehen werden, um durch Mißbrauch der gesetzgebenden Gewalt das Unrecht zu verhüllen. Es kommt also Alles darauf an, wie man das Verhältniß zwischen Recht und Gesetz bestimmt. Es müßten diejenigen, welche dem Gesetzgeber eine Art von Allmacht vindiziren, die Behauptung aufstellen, daß Alles, was ein Gesetz verordne, eben darum und schon deßwegen allein, weil es durch ein Gesetz verordnet sei, für gerecht gehalten werden müsse, daß also das Gesetz nicht aus dem Recht fließe oder zu fließen brauche, sondern daß umgekehrt die Gerechtigkeit nur ein Erzeugniß der jeweiligen Launen, Ansichten oder Leidenschaften des Gesetzgebers sei. Das aber ist gerade die Lehre, die als eine durchaus verderbliche schlechthin verdammt werden muß, wie sie auch von jeher verdammt worden ist. Die natürliche Gerechtigkeit oder jene Rechtsgrundsätze „quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent" (§. 11. J. 1. 1.) sind das Gesetz der Gesetze, sie sind die Schranke für die Will-

Digitized by Google

für des Gesetzgebers, und wenn er diese Schranke bricht, begeht er, wer er immer sein mag, in gleicher Weise einen Frevel an der Gerechtigkeit, wie der Richter, wenn er sich herausnimmt, das Gesetz zu beugen. Es sind dieses keine juristischen Spitzfindigkeiten, wie frivoler Weise behauptet wurde, sondern diese bestehen umgekehrt darin, daß man die Verletzung jener Grundsätze mit Trugschlüssen zu bemänteln sucht. Denselben zuwider ist nun aber vor Allem die **Rückwirkung der Gesetze** und der **Vertragsbruch**. Anerkannte Staatsmänner haben die Rückwirkung der Gesetze für das Grab der bürgerlichen Freiheit, der Ruhe und des Glückes der Familien und für einen Aufruf zur Rechtsverachtung erklärt. Es wird, um dieses zu begreifen, auch in der That nur wenig Einsicht und Rechtsgefühl erfordert. Würde der Richter eine Handlung, die zur Zeit ihrer Vornahme von keinem Strafgesetz bedroht war, auf den Grund eines späteren Strafgesetzes bestrafen, oder doch härter ahnden als das ältere Gesetz erlaubte, so würde man sein Urtheil aus vollem Grunde mit einem bekannten Worte belegen, selbst wenn durch keine ausdrückliche Bestimmung die Rückwirkung verboten wäre, weil diese ein Verbot der natürlichen Gerechtigkeit ist, wie auch bei der Berathung des §. 1. unseres Strafgesetzbuches richtig bemerkt wurde. *) Die Sache bleibt nun aber ganz dieselbe, wenn der Gesetzgeber, dem hier nur die Zukunft angehört, in die dem **Richter** verfallene **Vergangenheit** zurückgreift, und eine Handlung zu bestrafen verordnet, die zur Zeit ihrer Begehung gar nicht oder minder strafbar nach dem damaligen Gesetze gewesen wäre. Und doch mußten wir einen, sogar von der Regierung gemachten Gesetzesvorschlag erleben, der sich mit der Bestrafung der bereits vorgekommenen Handlungen gewisser Staatsdiener beschäftigte, und mit der Behauptung vertheidiget werden wollte,

*) Ein Theil der Nationalversammlung in Frankfurt hat bei einer gewissen Gelegenheit einen Antrag damit begründet, daß die Rückwirkung der Gesetze in jedem Rechtsstaate, ja sogar im Polizeistaate, als eine grobe Rechtsverletzung gelte!

Digitized by Google

daß darin keine Rückwirkung liege! Wer erinnert sich hier nicht an die berüchtigten Worte, welche die Staatsdiener mit Instrumenten verglichen?

Eine ähnliche Erscheinung war der in der Kammer gemachte bekannte Vorschlag über die Pensionen der Staatsdiener, der aber bei der Regierung selbst Widerstand gefunden hat, weil er eine Gesetzesrückwirkung enthalte, während anderer Seits das Gegentheil behauptet und auszuführen versucht wurde. Letzteres ist nun auch in so fern richtig, als der Vorschlag nicht eigentlich unter den Gesichtspunkt der Rückwirkung des Gesetzes fällt, sondern einen Vertragsbruch enthält.

Das Staatsdieneredikt ist einer Seits eine Ermächtigung für die vollziehende Gewalt, unter den dort enthaltenen Bedingungen Anstellungsverträge abzuschließen, anderer Seits ist es eine Bestimmung darüber, welche Rechte durch jenen Vertrag erworben werden, und daß die also erworbenen pekuniären Rechte Privatrechte seien, hat man noch nicht bezweifelt. Jenes Edikt macht deßhalb die spezielle Aufnahme aller Bedingungen und Rechte in jede einzelne Anstellungsurkunde überflüssig. Deßwegen aber, weil die Wiederholung seines Inhalts in jeder Signatur überflüssig ist, verliert diese keineswegs den Charakter einer vertragsmäßigen Zusicherung, vielmehr ist die Sache gerade so zu betrachten, als ob jedem Angestellten jene Rechte speziell und ausdrücklich verbrieft wären, wie dieses z. B. bei Anstellungen der Standesherrn u. s. w. zu geschehen pflegt.

Nachdem nun die gesetzgebende Gewalt eine solche Ermächtigung ertheilt und die vollziehende Gewalt davon Gebrauch gemacht hat, kann jene, ohne einen Vertragsbruch zu begehen, nicht das Geringste an den Versprechungen für Gegenwart und Zukunft schmälern. Sie befiehlt ja jedem Bürger, rechtmäßig geschlossene Verträge redlich zu vollziehen, und es wäre das Unrecht nur um so größer, wenn sie selbst das Gegentheil sich zu Schulden kommen ließe.*)

---

*) Hoffentlich werden solche Attentate gegen die Gerechtigkeit,

Digitized by Google

Rückwirkung des L.R.S. 738 a.

Es ist oben schon bemerkt worden, daß die Anwendung des Verbots der Rückwirkung auf einzelne Fälle, (wozu aber die vorhin erwähnten in keiner Weise gehören) zuweilen Schwierigkeiten darbiete. So hat es auch in folgendem Falle verschiedene Meinungen darüber gegeben, ob der L.R.S. 738 a, welcher dem überlebenden Ehegatten die Nutznießung am Vermögen des Verstorbenen gibt, wenn keine Kinder da sind und Gemeinschaft bestand, bei älteren Eheverträgen Platz greife.

Am 10. Juni 1844 starb der Altochsenwirth Johann Gg. Schadt von Kork. Er hatte sich am 21. Juni 1796 mit Margaretha Mühl von Bodersweier, beiderseits aus dem ledigen Stande, geehliget. Am 23. April 1796 haben beide Brautleute einen Ehevertrag errichtet, welcher folgende hier maßgebende Bestimmungen enthält:

1) daß für den Fall, wenn der Mann stirbt, ohne Kinder zu hinterlassen, der überlebenden Frau das vorhandene Ochsenwirthshaus sammt Zugehörde um den Anschlag von 2200 fl. gehören soll;

2) daß das übrige Vermögen, welches beide neuangehende Eheleute inskünftige mit einander besitzen werden, solches, wenn der Hochzeiter vor der Hochzeiterin sterben und keine aus der Ehe erzeugte Kinder hinterlassen würde, der Hochzeiterin zu einer und des Hochzeiters rechtmäßigen Erben zur anderen Hälfte, in allen übrigen Fällen aber nach der damaligen Landesobservanz vom zweiten zum dritten vertheilt werden solle.

Der hier vorgesehene Fall trat durch den Tod des Johann G. Schadt ein, und es entstand nun ein Rechtsstreit zwischen seiner gesetzlichen Erbin und zwischen der rückgelassenen Wittwe, worin letztere das eheliche Nutznießungsrecht an dem Nachlaß

---

welche das Staatswohl nothwendig untergraben, aber in keiner Weise befördern, und darum nicht oft und streng genug gerügt werden können, für die Zukunft unterbleiben.


Digitized by Google

ihres Mannes in Anspruch nahm, die erstere aber behauptete, daß dieses Recht der Wittwe nach dem angeführten Ehevertrag nicht zukomme; die Intestaterbin trug nämlich auf Abänderung der Theilung an, welche der Wittwe die Nutznießung des ganzen Nachlasses zugewiesen hatte. Dieser Rechtsstreit wurde sowohl vom Hofgerichte als vom Oberhofgericht, bei letzterem aber nur durch Stimmenmehrheit, zum Vortheil der Wittwe entschieden.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

„Der Ehevertrag, um den es sich hier handelt, ist vom Jahre 1796, somit lange vor Einführung des jetzt geltenden Landrechtes entstanden. Seine Bestimmungen, soweit sie auf bestehende Rechtsverhältnisse hinweisen, müssen daher auch aus jenem Rechte erläutert werden, welches um die bezeichnete Zeit am Orte seiner Entstehung galt. Der entgegen lautende L.R.S. 1390 kann aber unter diesen Umständen hier nicht angewendet werden, da ihm eine rückwirkende Kraft beigelegt wurde.

Hat nun aber hiernach in Allem, was dieser Vertrag ausdrückt, das in der ehemaligen Herrschaft Hanau-Lichtenberg damals giltige Recht zur Anwendung zu kommen; so ist dieses in denjenigen Punkten, deren der Vertrag nicht gedenkt, nicht der Fall. Was der Vertrag auf den Todesfall des einen oder anderen Ehetheiles festgesetzt hat, das muß nach den Bestimmungen des Vertrages zur Anwendung kommen, wo dagegen der Vertrag schweigt, muß, so lange nicht aus dem ganzen Zusammenhange der Vertragsurkunde nothwendig das Gegentheil als Absicht der Contrahenten sich herausstellt, das Gesetz seine Anwendung finden, das zur Zeit dieses Ereignisses gilt.

Der Vertrag schweigt nun von einer Nutznießung der Ehefrau am Gemeinschaftsvermögen nach Auflösung einer kinderlosen Ehe. Aus diesem Schweigen und aus dem Grunde, weil das in der Herrschaft Hanau-Lichtenberg früher giltige Recht eine solche Nutznießung nicht kenne, ficht nun aber die Klägerin der Beklagten das Recht auf diese Nutznießung an. Eine verbietende Vorschrift des Vertrages geht jedoch daraus nicht hervor. Mit dem

Digitized by Google

inzwischen zur Herrschaft gekommenen Landrechte sind die erbrechtlichen Verhältnisse neu gestaltet worden; als Bestandtheil der erbrechtlichen Bestimmungen, als theilweise Beschränkung der Rechte der gesetzlichen Erben, als eigene Berechtigung des Ehegatten, hat nun der L.R.S. 738 a dem überlebenden Ehetheile bei kinderloser Ehe die lebenslängliche Nutznießung Kraft Gesetzes zugewiesen.

Die Stellung dieses Satzes unter dem Titel von Erbschaften und das Capitel: von den verschiedenen Ordnungen des Erbganges weißt aber die oben bezeichnete Bedeutung desselben aus. Somit tritt der L.R.S. 9 b. in Anwendung, der fraglicher Nutznießung hier Eingang verschaffen muß.

Diese Kraft Gesetzes gegebene Nutznießung ist jedoch nicht in der Allgemeinheit gestattet, daß nur ausdrücklicher Verzicht sie beseitigen könnte. Das Gesetz erkennt vielmehr andere Vorgänge als gleichgeltend mit einem solchen Verzichte an. Namentlich gilt die Ausbedingung eines Witthums für die überlebende Ehefrau für einen solchen. Ein solches Witthum kann aber in den Bestimmungen des Ehevertrages nicht gefunden werden.

Ein solches müßte den Genuß eines Theils des ehemännlichen Vermögens umfassen.

Freilich wird in der Klage behauptet, das Haus, welches der Beklagten um einen billigen Anschlag verschrieben wurde, sei während der Ehe der Elisabeth Erhard verkauft und hierbei der Beklagten Meisterschaft und lebenslänglicher Sitz im Hause ausbedungen worden. Dieses mit einer dritten Person abgeschlossene Verhältniß liegt aber außerhalb der Grenzen des Ehevertrags von 1796, und kann somit als ein dort ausgesetztes Witthum nicht betrachtet werden.

Hiernach konnte es sich nur noch fragen, ob nicht L.R.S. 1519 a hier in Anwendung komme, welcher bei einem „Voraus" die Nutznießung beschränkt.

Dieser Satz bezieht sich zwar zunächst auf L.R.S. 745 a, somit auf eine Gesetzesstelle, welche das Nutznießungsrecht des überlebenden Ehetheils den Kindern, die aus der Ehe entsprungen

Digitized by Google

sind, gegenüber berührt. Nichts desto weniger muß derselbe, als auch auf vorliegenden Fall anwendbar betrachtet werden, da jene, wie diese Nutznießung aus einem und demselben gesetzlichen Boden entsprungen ist, und hier, wie dort, derselbe gesetzliche Grund eintritt.

Als ein Voraus konnte jedoch die Ueberlassung des Hauses beider Eheleute an die Ehefrau um einen billigen Anschlag nicht betrachtet werden. Wenn auch hierin die Vergünstigung liegt, daß dieselbe das gemeinsam bewohnte Haus auch später behalten sollte, so steht dieser Vergünstigung immerhin eine Leistung der Klägerin gegenüber, daß aber diese mit jener zur Zeit des Vertragsabschlusses in einem solchen Mißverhältnisse gestanden wäre, daß sich damals ein Voraus für die Ehefrau hätte entnehmen lassen, geht aus der Klagbegründung nirgends hervor.

Allerdings enthält der Ehevertrag eine Theilungsbestimmung, die den Antheil der Ehefrauen an früheren Gütergemeinschaften überschreitet, da dieser Antheil nur ⅓ betrug. In dieser Vertragsbestimmung kann jedoch nur dann ein Voraus im Sinne des Gesetzes gefunden werden, wenn das eigene Beibringen der Klägerin nebst ihrem Errungenschaftsantheil überschritten gewesen wäre. Wollte hierin ein Voraus gefunden werden, so hätte zur Begründung der Klage der Nachweis gehört, daß das ursprüngliche Vermögen der Klägerin, ihr Beibringen in die Gemeinschaft, hinter der ihr jetzt zugewiesenen Hälfte stehe. So lange dieses nicht geschehen ist, kann in der hier beliebten Theilungsbestimmung ein Grund nicht gefunden werden, welcher eine Kraft Gesetzes giltige Nutznießung beseitigen sollte.

Deßwegen hat man wie geschehen erkannt, ohne die behauptete und vom Gegentheil bestrittene Anerkennung der Nutznießungsberechtigung der Beklagten zum Gegenstande eines Beweis-Erkenntnisses zu machen."

Bei dem Oberhofgericht wurde von der Minorität gegen dieses Urtheil und dessen Gründe folgendes ausgeführt:

„Das eheliche Nutznießungsrecht scheine auf den ersten Anblick allerdings die Natur eines Intestaterbrechts zu haben, und daher

Digitized by Google

mit dem Intestaterbrecht überhaupt unter die Regel zu fallen, daß die Gesetze derjenigen Zeit zur Anwendung kommen, in welcher der Ehegatte gestorben ist. Es spreche dafür theils der Umstand, daß jene Nutznießung durch den Tod des einen Ehegatten bedingt sei und auf dessen Nachlaß hafte, theils der weitere, daß es in dem Gesetzbuche selbst in die Materie von der Erbfolge aufgenommen sei.

Bei näherer Betrachtung müsse aber diese Ansicht verworfen werden. Die eheliche Nutznießung sei nicht allein von der Thatsache des ehelichen Standes und von dem kinderlosen Tode des einen Ehegatten bedingt, wie die ebenfalls im Erbrecht vorkommende Nutznießung des Satzes 754, und wie die Intestaterbfolge überhaupt von der Verwandtschaft und dem Tode des Erblassers bedingt sei, sondern es müsse ausserdem ein gewisses Vertragsverhältniß in Ansehung des Güterrechts unter den Ehegatten bestanden haben, nämlich die Gütergemeinschaft. Das Gesetz habe die Nutznießung für eine einzelne Rechtswirkung jenes Vertragsverhältnisses erklärt, welches entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft unter den Ehegatten eingetreten sei. Anerkannt müsse nun werden, daß Rechtswirkungen, welche das Gesetz einem Vertrage beilegt, so lange die Parteien nichts anderes bestimmen, nicht immediate ex lege entspringen, sondern unter den Begriff einer, durch den Willen der Parteien festgesetzten Rechtsfolge fallen, indem das Gesetz nur für den Fall etwas verfüge, daß die Parteien nichts anderes gewollt hätten, und die Unterlassung einer ausdrücklichen Abänderung des Gesetzes bei Eingehung von Verträgen die gleiche Natur habe, wie eine ausdrückliche Stipulation der im Gesetze liegenden Clausel.

Zudem unterscheide sich die eheliche Nutznießung dadurch wesentlich von einem Erbrecht, daß über letzteres überall kein Verzicht und keine Uebereinkunft vor dem Tode dessen, der beerbt werden soll, erlaubt sei (S. 791, 1130), während es den Ehegatten beim Abschluß des Ehevertrags freistehe, die Nutznießung aufzuheben. Jene Bestimmung sei daher wie eine stillschweigende institution contractuelle zu behandlen.

Digitized by Google

Der Umstand, daß der Gesetzgeber in der Intestaterbfolge von dieser Nutznießung spreche, habe auf ihren Character nicht den Einfluß, daß sie darum die Natur eines durch Vertrag erworbenen Rechts verliere. So sei ja auch die Lehre von den Schenkungen unter Lebenden im Erbrecht abgehandelt, und es werde deßhalb Niemanden einfallen zu behaupten, eine solche Schenkung sei kein Vertrag. Ueberhaupt habe es die Redaction mit der Stellung einzelner Materien nicht so genau genommen, daß durch diese Stellung allein die rechtliche Natur eines Instituts bestimmt werden könne. In der Materie vom Pachtvertrag befinde sich z. B. die Viehverstellung und doch sei von den Rechtslehrern vielseitig angenommen, daß dieser Vertrag seiner wahren Natur nach ein Gesellschaftsvertrag sei.

Hiernach müsse die obschwebende Frage, welchen Einfluß das neue Gesetz gegenüber dem älteren Ehevertrag in Ansehung der Nutznießung äußere, nach den über die Rückwirkung der Gesetze auf ältere Verträge geltenden Regeln beurtheilt werden. Diese Regel bestehe aber nach L.R.S. 2 ff. und nach Brauers Erläuterungen hiezu darin, daß nur solche Ereignisse, welche im Vertrage nicht vorgesehen sind, d. h. deren Rechtswirkungen die Parteien nicht zum Voraus für den Fall ihres Eintritts festgesetzt haben, nach dem neueren Rechte zu beurtheilen seien, wenn der Fall sich unter dem letzteren ereigne, weil die Parteien die Folgen jenes Ereignisses dem Gesetze anheim gegeben haben, und daher sich gefallen lassen müssen, wenn das Gesetz sich in der Zwischenzeit ändert. Für Eheverträge sei in dieser Beziehung nirgends eine abweichende Bestimmung zu finden.

Das fragliche Ereigniß sei nun hier das kinderlose Vorabsterben des Ehemannes, und dieses Ereigniß würde nach dem jetzigen Gesetze allerdings die von der Wittwe angesprochenen Wirkungen haben. In dem Ehevertrag sei aber ausdrücklich verabredet worden, was im Falle dieses Ereignisses Rechtens sein soll. Es sei daher die Regulirung der Folgen desselben weder dem früheren noch dem jetzigen Gesetze anheimgestellt worden. Dadurch sei die Anwendung des neuen Gesetzes ausgeschlossen, und es müsse

Digitized by Google

lediglich bei dem sein Bewenden behalten, was für diesen Fall von den Interessenten festgesetzt worden sei.

Unmöglich könne aus dem Schweigen des Ehevertrages über die eheliche Nutznießung gefolgert werden, daß sich die Ehegatten dieser Anordnung des Gesetzes unterwerfen wollten, denn diese Nutznießung habe nach dem früheren Rechte noch gar nicht bestanden, und vielleicht seien eben deßhalb die anderweiten Begünstigungen verabredet worden. Das im Jahr 1809 publizirte Gesetz sei im Jahr 1796 noch nicht vorherzusehen gewesen, und daher die Nichtabänderung seiner Bestimmungen keine stillschweigende Unterwerfung unter dieselben.

Eben so unerheblich sei der Umstand, daß die Ehegatten nicht in der gegebenen Frist von 1810—1812 noch die Verabredung getroffen haben, die Nutznießung solle nicht eintreten, denn sie durften mit Recht voraussetzen, daß, nachdem sie ausdrücklich verabredet hatten, was in dem Falle des kinderlosen Vorabsterbens eintreten soll, dieses und nichts anderes unter ihnen Rechtens sein werde.

In der positiven Festsetzung der Wirkungen eines Ereignisses liege von selbst die negative Erklärung, daß nichts anderes als das Verabredete eintreten soll.

Gerade auf diesem Satze beruhe ja auch die Bestimmung des jetzigen Gesetzes, daß die Wittwe die Nutznießung nicht haben soll, wenn ihr andere Vortheile für den Fall des Vorabsterbens des Ehemannes zugesichert seien. Der Gesetzgeber unterstelle, daß die Ehegatten nur diese, und daneben keine anderen im Gesetze liegenden Vortheile haben stipuliren wollen. Um so mehr müsse dieser Satz zur Anwendung kommen bei einem Ehevertrage, der zu einer Zeit errichtet worden sei, wo noch Niemand an die künftige Nutznießung haben denken können, und bei welchem die Ehegatten sich haben angelegen sein lassen, den nun eingetretenen Fall genau zu reguliren.

Was endlich die Einrede betreffe, daß die Klägerin die Theilung, in welcher die Nutznießung als ein der Beklagten zustehendes Recht aufgeführt sei, anerkannt habe, so sei diese Einrede unbegründet.

Digitized by Google

Die Nutznießung sei nicht ein Gegenstand der Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den Interessenten gewesen, es habe sich nicht darum gehandelt, durch die Theilung jenes Nutznießungsrecht näher festzusetzen, es könne daher die Behauptung der Beklagten nur denjenigen rechtlichen Werth haben, den eine Anerkennung überhaupt habe. Nun sei es aber unbestrittenen Rechtens, daß eine bloße Anerkennung keine Rechte schaffen könne, die nicht schon vorhanden sind (recognitio nihil dat novi), wie der L.R.S. 1337 auch ausdrücklich bestimme, vielmehr verliere die Anerkennung dadurch von selbst allen Werth, daß der Beweis der Nichtexistenz des anerkannten Rechts geliefert sei. Aus dem Obigen ergebe sich nun, daß die Nutznießung als Recht nicht bestanden habe, folglich sei die Anerkennung ohne Werth."

Die Majorität beschloß jedoch die Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils mit folgenden Gründen:

„Nach dem Heirathsvertrag vom 23. April 1796, welcher die Grundlage der erhobenen Klage bildet, sollte — wenn der Ehemann zuerst sterben würde, ohne Kinder zu hinterlassen — (welcher Fall nachher eingetreten ist) der überlebenden Ehefrau das vorhandene Ochsenwirthshaus sammt Zugehörde um den Anschlag von 2200 fl. gehören, und das übrige Vermögen der beiden Eheleute unter die Wittwe und die Erben des Ehemanns zu gleichen Theilen, in allen übrigen Fällen aber nach der damaligen Landes-Observanz getheilt werden.

Dieß konnte nicht die Folge haben, daß jetzt, nachdem der Ehemann unter der Herrschaft des neuen Landrechts gestorben ist, der Wittwe die eheliche Nutznießung des L.R.S. 738 a abzusprechen wäre.

Nach dem ersten Einführungsedikt zum Landrecht §. XII, No. 3 sollten nämlich nach dem 1. Jänner 1812 alle vor dem 1. Jänner 1810 geschlossenen Ehen, bei der Eheauflösung lediglich nach den neu eingeführten Regeln des Landrechts beurtheilt werden, in so weit nicht die Eheverhältnisse wenigstens bis zu dem erstgedachten Tag durch Ehevertrag festgesetzt worden waren.

Dieß ist in dem Heirathsvertrag der Beklagten in der Art,

Digitized by Google

daß die jetzt von ihr in Anspruch genommene Nutznießung als ausgeschlossen zu betrachten wäre, weder mit ausdrücklichen Worten geschehen, noch kann angenommen werden, daß es in der Absicht der Contrahenten gelegen wäre.

Das Letztere ist dann um so gewisser nicht anzunehmen, wenn, sowie klägerischer Seits behauptet wird, dem älteren Recht, welches damals in der ehemaligen Grafschaft Hanau-Lichtenberg galt, die eheliche Nutznießung fremd war, und die Worte des Ehevertrags, auf welche die Klägerin Gewicht legt — „in allen übrigen Fällen" u. s. w. sind nicht von allen übrigen — in dem Ehevertrag nicht ausdrücklich normirten — Verhältnissen, vielmehr dem Zusammenhang nach im Gegensatz von dem dortigen lediglich in Bezug auf die eigentliche Vererbung ausdrücklich normirten Fall des Vorabsterbens des Ehemanns ohne Kinder, wie der gleichen Beschränkung von den noch denkbaren drei anderen Fällen zu verstehen, und es muß deßwegen angenommen werden, daß die Contrahenten alles, worüber sie in dem Heirathsvertrag keine ausdrücklichen Bestimmungen trafen, dem Wechsel der Gesetze anheim stellen wollten.

Von einem Verzicht auf die eheliche Nutznießung durch Ausbedingung eines Witthums für die Beklagte — (in dem Heirathsvertrage vom 23. April 1796, worauf es nach L.R.S. 738 a verglichen mit S. 1395 allein ankommen könnte, und weshalb hier unerheblich ist, was desfalls in einem spätern unter Dritten abgeschlossenen Ehevertrag stipulirt wurde) — kann keine Rede sein.

Witthum ist nach S. 1570 ein den Unterhalt der künftigen Wittwe sicherndes Einkommen an dem Vermögen des Ehemanns; hier wurde aber nichts festgesetzt, als daß der Beklagten, wenn sie ihren Mann überlebe, das vorhandene, — soweit in der Grafschaft Hanau-Lichtenberg notorisch allgemeine Gütergemeinschaft galt, — in die Gemeinschaft gefallene Ochsenwirthshaus um einen geringen Anschlag vorweg zugeschieden werden soll.

Ein eigentlicher Voraus im Sinne des L.R.S. 1515 und 1519 a (welcher übrigens, ungeachtet sich darin nur auf den

Digitized by Google

L.R.S. 745 a zurückbezogen wird, wegen der Gleichheit der Gründe auch auf die Fälle des S. 738 a Anwendung findet) ist durch die Bestimmungen in dem Heirathsvertrag vom 23. April 1796 für die Beklagte nicht festgesetzt worden.

Unter diesen bedungenen Vorempfang (préciput einem dem droit coutumier entnommenen Rechtsinstitut) ist nach

Pothier traité de la communauté No. 433,

und wie man aus L.R.S. 1516 zu folgern hat — eine Schenkung des einen Ehegatten an den andern zu verstehen; er setzt folglich nach S. 894 stets voraus, daß damit eine reine Freigebigkeit beabsichtigt worden sei, und ist deßwegen überall ausgeschlossen, wo entweder der so begünstigte Ehegatte für das ihm zugedachte — ein Entgeld zu geben oder für irgend einen Anspruch; wie jenes in die Gemeinschaft gefallenen zugebrachten Vermögens — schadlos gehalten werden soll.

Darum kann das der Beklagten im Heirathsvertrag zugedachte Ochsenwirthshaus, wofür sie 2200 fl. (ein Anschlag, wovon nicht behauptet ist, daß er schon zur Zeit des Vertragsabschlusses so weit unter dem jetzt angegebenen unverhältnißmäßig höheren wahren — Werth geblieben wäre,) hätte bezahlen sollen, nicht als Voraus betrachtet werden.

Das Gleiche gilt aber auch von dem ihr, über das ihr zur Zeit der Errichtung des Ehevertrags nach dem Gesetz gebührende Drittel, weiter verschriebenen Sechstheil des Gemeinschaftsguts, weil in der Klage nicht angeführt wurde, wie hoch sich das Beibringen eines jeden Ehegatten belief, wie groß also namentlich das Illatum der Beklagten gewesen war, wonach man hätte beurtheilen können, ob und in wie weit die ihr jetzt zu Eigenthum zugeschiedenen 23,591 fl. ihr Beibringen mit Einschluß des ihr gebührenden Gemeinschaftsantheils übersteigt, woraus sich erst ergeben würde, ob ihr auch in der That eine beträchtliche Begünstigung ihres Voraus zu Theil wird, jedenfalls aber nach L.R.S. 1525 das Geding einer ungleichen Gemeinschaftstheilung nicht als Schenkung gilt.

Das Erkenntniß hinsichtlich der Kosten beruht auf der Bestimmung in der Pr.-O. §. 169. R.

Digitized by Google

XLIV.

Rechtsnachtheile. Versäumnisse. Rechtsbehelfe dagegen.

(Schmidt gegen Raus. Reiß gegen Asmuth. Bernhard gegen Braun. Schmidt gegen Schmidt.)

A.

Gesetze und Rechtswissenschaft sind für Nationen, die sich nicht mehr auf den Anfangsstufen ihrer Entwicklung und Bildung befinden, zwei unzertrennliche Dinge. Der durch einen lebendigen Verkehr sich in unendlicher Verschiedenheit gestaltende thatsächliche Stoff der Rechtsangelegenheiten kann unmöglich durch Regeln für jeden einzelnen Fall zur Entscheidung vorgesehen werden, und es ist noch kein Gesetzbuch geschaffen worden, und wird auch keines geschaffen werden, das nicht der wissenschaftlichen Nachhülfe bedürfte, um Lücken auszufüllen, Dunkelheiten und Widersprüche zu heben und dgl. Ein vernünftiger Gesetzgeber wird schon gar nicht darauf ausgehen, ein Werk zu gründen, das alle Wissenschaft, und insbesondere die von ihr festgestellten Regeln der Auslegung und Anwendung überflüssig machen soll, und hätte er wirklich diese Absicht, so könnte sie als ganz unausführbar keinen Einfluß auf die Rechtsanwendung äussern, weil diese wegen Dunkelheit oder Lückenhaftigkeit des Gesetzes für die Behandlung eines einzelnen Falles nicht aufhören kann, ihr Amt auszuüben, wie dieses der Satz 4 unseres Landrechts ausdrücklich verordnet. So ist auch unsere Prozeßordnung nicht als ein Formularbuch zu betrachten, bei dem alle von Gesetz und Wissenschaft gebotenen Regeln der Auslegung und Anwendung ihr Ende erreicht haben,

Digitized by Google

vielmehr gilt das, was der Satz 4 a des bürgerlichen Rechts für die Materie gebietet, beziehungsweise erlaubt, auch für den formellen Bereich der Prozeßgesetze. Jene Regeln sind nur Gebote der Vernunft und des durch die Wissenschaft gebildeten Denkens, weßhalb der französische Gesetzgeber sie besonders zu verordnen gar nicht einmal für nöthig befunden, sondern aus dem Entwurfe gestrichen hat, um sie dem Gebiet der Wissenschaft zu überlassen. Er setzte dabei voraus, daß es Niemanden beifallen werde, dem Richter den Gebrauch der Vernunft bei Anwendung der Gesetze als Willkühr zu untersagen, und Portalis bemerkte hierüber in seinem discours préliminaire sehr treffend:

Il y a une science pour les législateurs, comme il y a une pour les magistrats, et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi, quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer d'être tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude!

Locré législation I. p. 264.

Eine knechtische Handhabung des Buchstabens, welche Vernunft und Recht schonungslos niederwirft, wenn der Buchstabe dem eigenen Denken noch etwas überlassen hat, ist also nicht gemeint, wenn es heißt, daß der Richter am Buchstaben des Gesetzes festhalten soll: non est verba legum tenere sed vim ac potestatem (l. 17. D. de legibus), sondern es muß eine solche Gesetzesmißhandlung, welche die von der Vernunft gebotenen Mittel zur Findung der Wahrheit und des Rechts mit aller Hartnäckigkeit hinausinterpretirt, um dem selbstgeschaffenen Götzen der todten Form zu dienen, als eine bedauerliche und unheilbringende Verirrung bezeichnet werden. Ermittlung der Wahrheit und des Rechts hat der Gesetzgeber selbst als den Zweck seiner Aufgabe bezeichnet. Man muß daher die von der Vernunft gebotenen

Digitized by Google

Mittel zur Erreichung dieses Zweckes eher in den dunklen Buchstaben hineinlegen als daraus wegdisputiren, und es ist ein wahres Unglück für die Rechtspflege, daß wir so häufig das letztere erleben müssen. —

Man hat schon zuweilen behauptet, daß bei der Auflage einer Prozeßhandlung, für welche die Prozeßordnung nicht speziell einen Rechtsnachtheil vorgeschrieben habe, ein solcher wegen des §. 653 der Pr.=O. vom Richter schlechterdings nicht angedroht werden dürfe. Es wurde jedoch diese Ansicht vom Oberhofgericht II. Senat in Sachen Schmidt gegen Raus verworfen und jener §. dahin ausgelegt, daß der Richter zwar nicht berechtiget sei, einen Rechtsnachtheil anzudrohen, den die Prozeßordnung gar nicht kenne; er dürfe keine neue Klasse von Rechtsnachtheilen schaffen, namentlich wenn der Zweck der Handlung und des Verfahrens eine solche Androhung gar nicht erheische. Wo aber dieses zur Erreichung der Zwecke des Verfahrens als nothwendig erscheine, könne der Umstand, daß die Pr.=O. die Wiederholung eines ihrer Rechtsnachtheile an einer bestimmten Stelle des Verfahrens unterlassen habe, den Richter nicht hindern, den nach den Regeln der Analogie passenden Rechtsnachtheil anzudrohen. Hätte der Gesetzgeber auch wirklich geglaubt, es sei an jeder Stelle, wo es nothwendig und zweckmäßig erscheine, der entsprechende Nachtheil schon im Gesetze angedroht worden, so, daß der Richter nur den betreffenden §. der Pr.=O. abzuschreiben brauche, so könne man aus diesem Glauben doch nicht die Absicht des Gesetzgebers ableiten, daß es dem Richter, wenn der ungeachtet dieses Glaubens eine Lücke finde, und daher dieser Glauben auf einem Irrthum beruhe, durchaus verboten sein soll, von den gewöhnlichen Regeln der Gesetzesanwendung Gebrauch zu machen. Kein Gesetzgeber läßt wissentlich eine Lücke, er hält sein Werk für vollständig. Aber gerade weil er weiß, wie leicht es ist, in diesem Punkt zu irren, leitet er selbst den Richter auf jene Regeln hin. Man wird doch wahrlich den Grundsatz des Strafrechts „nulla pœna sine lege“ nicht strengstens auf Rechtsnachtheile anwenden wollen! Zudem sagt der §. 653 nur, daß die im Gesetz be-

Digitized by Google

stimmten, nicht aber die für die betreffenden Prozeßhandlungen speziell bestimmten Rechtsnachtheile angedroht werden sollen. Es hat auch in der That keine Schwierigkeit, die einzelnen Bestimmungen der Prozeßordnung über Rechtsnachtheile auf allgemeine Grundsätze zurückzuführen und den Sinn und Geist derselben in jedem einzelnen Falle sicher zu treffen. Man pflegt schon im gemeinen Recht in dieser Weise zu verfahren.

Heffter Prozeß §. 208 ff.

B.

Bei einem Versäumungserkenntnisse, welches zugleich in der Hauptsache entscheidet, sind drei Punkte, und darnach auch die möglichen Beschwerden gegen ein solches Erkenntniß zu unterscheiden, nämlich:

1) Die Anerkennung und der Ausspruch des Richters, daß ein Ungehorsam vorhanden sei,

2) der Ausspruch der unmittelbaren Folge dieses Ungehorsams, also des gesetzlichen Rechtsnachtheils,

3) das Erkenntniß des Richters darüber, was nach dieser Lage der Sache in Bezug auf den Klaganspruch Rechtens sei.

Steht der ausgesprochene Rechtsnachtheil in keinem ursachlichen Zusammenhange mit dem Erkenntniß in der Hauptsache, stützt sich dieses in seiner Grundlage nicht auf den Rechtsnachtheil, so gilt es nicht als ein Versäumungserkenntniß, §. 669 der Pr.-O., und ist daher in Ansehung der möglichen Beschwerden und der Mittel ihrer Abhülfe wie jedes andere Erkenntniß zu behandeln.

Das Gleiche ist der Fall, wenn zwar der Richter das Erkenntniß als Folge des Rechtsnachtheils ausgesprochen hat, der Verurtheilte aber seine Beschwerde lediglich darin finden will, daß ungeachtet der vollen Richtigkeit des Ungehorsams und des ausgesprochenen Rechtsnachtheils dennoch anders, als geschehen, in der Hauptsache hätte erkannt werden sollen, wenn z. B. der Beklagte, der die Vernehmlassung auf die Klage versäumt hat, behaupten will, es hätte die Klage demohngeachtet als in Rechten

Digitized by Google

gar nicht begründet abgewiesen werden müssen, denn hier wird das Erkenntniß gar nicht in seiner Eigenschaft als Versäumungserkenntniß angefochten. Der Beklagte, welcher sich gegen die Klage weder durch eine verneinende Einlassung noch durch Einreden vertheidigen, sondern seine Vertheidigung lediglich auf die Rechtsausführung stützen will, daß die Klage in Rechten nicht begründet sei, ist in derselben Lage, wie derjenige, der nur eine Rechtsausführung versäumt hat, und das hier statthafte Rechtsmittel ist das der Appellation. Die Regel: „contumax non appellat" kann hier gar nicht in Frage kommen, und dieses ist wohl auch der Grund, warum der §. 1178 der Pr.=O. diesen Fall nicht als Ausnahme berührt, sondern nur davon redet, daß der ausgesprochene Rechtsnachtheil (wohl zu unterscheiden von dem darauf gebauten Urtheil in der Hauptsache)

Linde Rechtsmittel I. 201,

den Rechten nicht gemäß sei.

Auf eine solche Berufung hin hat der Oberrichter das unterrichterliche Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen oder abzuändern.

Nun läßt sich aber der Fall denken, und ist auch schon vorgekommen, daß der Beklagte das ergangene Erkenntniß auf den Grund solcher Einwendungen anfechten will, welche die Pr.=O. als verzögerliche aus der Klage selbst sich ergebende Einreden bezeichnet, z. B. daß die Klage angebrachtermaßen verwerflich sei, und drgl. §. 296 ff. Das Vorbringen solcher Gründe oder Mängel hat die Natur einer Einsprache gegen die Ladungsverfügung, indem behauptet wird, der Richter hätte diese Mängel schon vor der Ladung berücksichtigen, und darum letztere gar nicht verfügen sollen. Dagegen kann man darin nicht die Behauptung finden, daß dem Beklagten in der Hauptsache wirklich Unrecht geschehen sei, vielmehr nur die Behauptung, daß es an den formellen Bedingungen fehle, um prüfen zu können, wer in der Hauptsache Recht oder Unrecht habe.

Obwohl nun derartige Beschwerden zuweilen schon im Wege der Appellation zugelassen wurden, so muß doch die Unzulässig-

Digitized by Google

keit derselben behauptet werden. Die Pr.-O. hat ausdrücklich den Weg bezeichnet, auf welchem solche Einwendungen vorgebracht werden müssen, nämlich den Weg der verzögerlichen Einreden. Es soll zuerst derjenige Richter, welcher die Ladung erlassen hat, mit der Einsprache gegen die Ladung angegangen werden, und erst nachdem er über diese Einsprache gegen die Ladung ein Erkenntniß gegeben hat, soll die Appellation stattfinden. Der mit allen, daher auch mit den verzögerlichen Einreden ausgeschlossene Beklagte kann sonach nicht die Berufung wählen, um den im Gesetze bezeichneten Weg und das unterrichterliche Erkenntniß über diesen Punkt zu umgehen.

Seine Beschwerde kann zudem nicht als eine Beschwerde gegen das Urtheil in der Hauptsache angesehen werden, weil diese Beschwerde, auch wenn sie gegründet ist, keine Aberkennung des Klaganspruches zur Folge haben kann, sondern nur ein Erkenntniß, daß es nach Lage der Sache an den formellen Bedingungen fehle, um über den Klaganspruch urtheilen zu können.

Hier muß also die Regel: „contumax non appellat" ihre Anwendung finden.

Eine Ausnahme erleidet sie dagegen, wenn die Beschwerden gegen die oben unter 1 oder 2 bezeichneten Punkte gerichtet sind. Auf den ersten Anblick möchten diese Ausnahmen als dringend geboten erscheinen, und es ist auch natürlich, daß es einen Rechtsbehelf geben muß, wenn in diesen Punkten Unrecht geschehen ist. Daß aber dieses gerade und unmittelbar das Rechtsmittel der Appellation sein muß, ist nicht wohl zu billigen, weil diese Aationen nur zu Mißbräuchen und Verschleifen führen. Warum soll die betreffende Partei nicht angehalten werden, ihre Einwendungen oder Einsprachen gegen den Ausspruch des Ungehorsams und die Rechtmäßigkeit ihres Nachtheiles vorerst dem Unterrichter vorzutragen, und erst im Falle der Verwerfung das Rechtsmittel der Appellation haben? Das richterliche Erkenntniß über das Dasein eines Ungehorsams und dessen Folgen wird erlassen, ohne daß die Partei über die Ungehorsamsanklage vernommen ist. Dasselbe hat daher Aehnlichkeit mit jedem Erkenntniß, welches auf

Digitized by Google

einseitigen Antrag der einen Partei wider die andere ergeht. Da nun bei solchen Erkenntnissen im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß die Partei, zu deren Nachtheil dem Antrag deferirt wurde, vorerst Einsprache erheben muß, so könnte dieses füglich und konsequent auch hier vorgeschrieben werden. Da ferner die Pr.-O. ohnedies einen 14tägigen Wiederherstellungstermin gestattet, so könnte dieser auch zum Vortrag derartiger Einsprachen festgesetzt, und erst im Falle ihrer Verwerfung, oder wenn das Versäumungserkenntniß nicht etwa auf den Grund einer damit verbundenen richterlichen Restitutionsbitte aufgehoben wird, die Berufung zugelassen werden. Es scheint auch, daß die Regel „contumax non appellat“ ursprünglich in diesem Sinne aufgefaßt wurde, nämlich in dem Sinne, daß der Ungehorsame seine Einwendungen vornächst bei dem erkennenden Richter selbst vorzubringen habe.

Im Uebrigen hat der Oberrichter, wenn die gegen 1 oder 2 gerichteten Beschwerden als begründet erfunden werden, das unterrichterliche Erkenntniß dahin abzuändern, daß die Ungehorsamsanklage abzuweisen sei, oder wenn es an einer solchen Anklage fehlt, ist das Versäumungserkenntniß als nichtig aufzuheben und jedenfalls ist die Sache zu remittiren. Keineswegs aber darf er, wie dieses zuweilen wegen §. 1223 der Pr.-O. geschieht, in der Hauptsache die weiteren Verhandlungen anordnen und auf diese hin ein weiteres Enderkenntniß geben. Das Ungehorsamsverfahren ist ein mit der Ungehorsamsbeschuldigung beginnender Inzidentstreit über das Dasein des Ungehorsams und seine Wirkungen. Das Endurtheil besteht in der Verwerfung der Anklage oder in dem Erkenntniß nach ihrem Antrage. In dem ersteren Falle wird die ganze Grundlage des unterrichterlichen Erkenntnisses über den Klaganspruch aufgehoben, und es wäre dem Instanzenverhältniß durchaus nicht angemessen, in der höheren Instanz die Grundlage des ganzen Prozesses so verändern zu lassen, daß der höhere Rechtszug gar nicht mehr als eine Prüfung der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des unterrichterlichen Erkenntnisses angesehen werden könnte, z. B. wenn in zweiter Instanz

Digitized by Google

an die Stelle der fingirten bejahenden Einlassung eine verneinende gesetzt würde. Nur dann ist ohne Remissorien das Urtheil zu geben, wenn nach der Ansicht des Oberrichters die Sache schon vor dem Ungehorsamsverfahren und ohne Rücksicht auf dasselbe Spruchreif war, wo also der Appellant der contumacia ungeachtet in der Hauptsache als beschwert oder nicht beschwert erscheint, weil es hier unnöthig wäre, weitere Verhandlungen anzuordnen.

Hiemit in Verbindung steht nun eine andere Frage, wie es nämlich nach erfolgtem Versäumungserkenntniß mit dem Vorschützen prozeßhindernd verzögerlicher Einreden im Wege der Wiederherstellung zu halten sei. Diese Frage kam beim Oberhofgericht II. Senat in Sachen Reiß gegen Asmuth zur Sprache.

Der Beklagte war in der zur Verhandlung der Klage anberaumten Tagfahrt nicht erschienen; es wurde deßhalb der angedrohte gesetzliche Rechtsnachtheil gegen ihn ausgesprochen, und das Urtheil in der Hauptsache nach dem Antrag des Klägers erlassen.

Innerhalb 14 Tagen bat er um Restitution, und erklärte hiebei, daß er unter Verweigerung der Einlassung die prozeßhindernde Einrede vorschütze, daß ihm zur Bezahlung der eingeklagten Forderung bis zu einem gewissen Zeitpunkte Frist vom Kläger gegeben, und dieser Zeitpunkt noch nicht eingetreten sei.

Dieses Gesuch wurde in den beiden vorderen Instanzen verworfen, und es besagen

die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe

zur Rechtfertigung dieser Verwerfung:

Mit Recht hat der Unterrichter die Wiederherstellungsbitte als unstatthaft verworfen. Denn indem die Beklagten die Forderung an sich, deren sie durch Versäumungserkenntniß für geständig, und darum schuldig erklärt wurden, nicht widersprechen, suchen sie bloß ihre Verbindlichkeit zur *sofortigen* Zahlung dessen, was sie schuldig sind, auf einen unbestimmten Zeitpunkt hinauszuschieben. Damit haben sie nun aber offenbar nur eine verzögerliche Einrede, zu welcher Classe von Einreden die der zur Zeit nicht stattfindenden Klage unbestritten gehört, vorgetragen, nicht aber eine solche, welche im Sinne des §. 300 der Pr.-O. den ganzen Um-

Digitized by Google

fang der Klage zerstört,*) und deßhalb geeignet wäre, prozeßhindernd zu wirken. Als verzögerliche Einrede konnte aber der Vortrag der Beklagten auch vor Ertheilung des Versäumungserkenntnisses den vortragenden Theil nicht von der Einlassung auf die Klage befreien, weil diese Einlassung, der in Frage stehenden Einrede ungeachtet, in keiner Weise unmöglich, oder im Sinne des §. 296 der Pr.-O. völlig unnütz war. Aber selbst in diesem Falle hätte der Beweis über den thatsächlichen Grund der Einrede mit Urkunden wenigstens angetreten werden müssen, wenn die Beklagten die Befreiung von der Einlassung für sich hätten in Anspruch nehmen wollen. §. 297 der Pr.-O.

Wenn nun anstatt dessen die Beklagten, ohne den Klaggrund, insoweit derselbe auf Anerkennung der Darlehensschuldigkeit gerichtet ist, zu widersprechen, ohne also dem Hauptzweck und Hauptumfang der Klage irgend entgegenzutreten, sich damit begnügten, daß sie mit dem Gesuche um Wiederherstellung gegen das vorlie-

---

*) Es scheint hier ein Mißverständniß des §. 300 obzuwalten. Derselbe spricht von solchen zerstörlichen Einreden, welche die Klage in ihrem ganzen Umfange zerstören, und macht letzteres Erforderniß zur ersten Bedingung der prozeßhindernden Wirksamkeit jener Einreden, d. h. eine zerstörliche Einrede darf nicht blos einen Theil des eingeklagten Rechts, z. B. eine bestimmte Summe von dem eingeklagten Betrage vernichten, sondern sie muß den ganzen Klaggegenstand erfassen, weil ja sonst in Bezug auf den von ihr nicht berührten Theil des Klagbegehrens dennoch auf die Einlassung eingegangen werden müßte, mithin der Zweck, diese Verhandlung zu ersparen, nicht erreicht werden könnte, vielmehr die Sache durch ein doppeltes Verfahren nur derwickelter würde. Davon aber, ob der ganze Umfang des Klagbegehrens nach dem Inhalt der vorgebrachten Einrede für immer zerstört werden müsse oder ob es genüge, daß das ganze Klagerecht nur auf eine gewisse Zeit als nicht vorhanden dargestellt werde, spricht jener §. nicht ausdrücklich, sondern es hängt dieses davon ab, ob man die letzteren Einreden überhaupt zu den zerstörlichen rechnet, oder sie wenigstens in dieser Beziehung den zerstörlichen gleich behandelt.

Digitized by Google

gende Versäumungserkenntniß lediglich eine Vorgfrist für sich geltend machten, und zum Beweise dieser Einrede sich des, hier nicht zulässigen Beweismittels der Eideszuschiebung bedienten, so erscheinen sie durch die Verfügung des Unterrichters, wonach dieses Wiederherstellungsgesuch auf den Grund der §. 296, 297, 659 und 660 der Pr.-O. als unstatthaft verworfen wurde, in keiner Weise beschwert.

Hiegegen wurde die Oberappellation ergriffen, und die Beschwerde wurde im Ganzen einstimmig für begründet erachtet. Man war nämlich darin einig, daß der Beklagte jedenfalls mit der vorgeschützten Einrede zu hören sei. Was dagegen die Verweigerung der Einlassung betrifft, so wollten einige Stimmen behaupten, daß dieselbe ebenso stattfinden könne, wie wenn kein Versäumniß vorliege, indem der Beklagte durch die Wiederherstellung in den Stand zurückgesetzt werden müsse, als ob keine Versäumniß vorgefallen. Die Majorität gieng aber von folgenden Sätzen aus:

1) In Folge des Versäumungserkenntnisses ist eine rechtlich fingirte, bejahende Einlassung bereits vorhanden, und es kann daher von einer Verweigerung derselben bis zur Erledigung der Einrede, welche nach dem Antrag des Beklagten prozeßhindernd wirken, also vor der Hauptsache verhandelt werden soll, keine Rede sein. Der Beklagte hat nur das Recht, an die Stelle der bejahenden Einlassung eine verneinende zu setzen. Macht er hievon keinen Gebrauch und schützt er blos eine Einrede vor, so bleibt es vor der Hand bei der bejahenden Einlassung. Allein es folgt daraus keineswegs, daß das ganze Restitutionsgesuch verworfen werden muß, sondern die Sache ist beim Vortrag einer zerstörlichen Einrede gerade so zu behandeln, wie wenn die Verweigerung der Einlassung nicht geschehen, vielmehr mit dem Vortrag der Einrede eine bejahende Einlassung verbunden worden wäre. Ist dagegen nur eine rein verzögerliche, von der Form des Angriffes, und somit aus dem Prozeßrecht hergeleitete Einrede vorgebracht worden, also eine Einrede, welche den Zweck hat, eine Wiederaufhebung der Ladung aus formellen

Digitized by Google

Gründen zu bewirken, so kommt Alles darauf an, ob diese Einrede als begründet erfunden wird oder nicht. Im ersteren Falle muß die Ladung zurückgenommen werden, und es fällt damit von selbst auch die Folge des Ungehorsams gegen die frühere Ladung. Im zweiten Falle aber verbleibt es bei der Folge des Ungehorsams, weil der Beklagte Alles von dem Erfolg dieser Einrede abhängig gemacht hat.

Es steht jedem Beklagten frei, wie er sich gegen die Klage vertheidigen will, er kann die Klage zugestehen oder abläugnen, und in dem einen wie in dem anderen Falle Einreden verschiedener Art vorbringen, oder sich auf eine verneinende Einlassung beschränken. Man kann also dem Beklagten, gegen den eine fingirte Einlassung vorliegt, und welcher sofort seine Vertheidigung auf eine Einrede beschränkt, nicht vorwerfen, daß er den Vortrag, womit er ausgeschlossen, nicht beigebracht habe. Nur wenn er sich lediglich auf die Bitte einer Restitution beschränken, und gar keine Einwendungen vorbringen würde, müßte ihn jener Vorwurf treffen.

Aehnlich wird die Sache auch nach gemeinem Rechte angesehen. Heffter Civilprozeß §. 363.

Hieraus folgt also, daß der Beklagte jedenfalls mit seiner Einrede zu hören war, wenn man dieser auch die prozeßhindernde Wirkung und die Befreiung von der Einlassung nicht zuschreiben konnte. Wollte man aber auch

2) den Satz, daß reine verzögerliche Einreden, wenn sie mit dem Wiederherstellungsgesuch allein vorgebracht werden, gar nicht zu berücksichtigen, sondern das Gesuch zu verwerfen sei, als richtig annehmen, so kommt ferner in Betracht, daß die vorgebrachte Einrede keine rein verzögerliche Einrede ist. Sie soll zwar allerdings das Klagerecht nicht für immer zerstören, und gleicht insofern einer verzögerlichen Einrede, auf der anderen Seite enthält sie aber durchaus keine Einsprache gegen die Ladung aus formellen Gründen und stützt sich auch nicht auf das Prozeßrecht, sondern sie beruht auf einer selbstständigen Thatsache, wie die zerstörlichen Einreden, und berührt die Materialien der Sache. Aus

Digitized by Google

eben diesem Grunde nennen die Prozeßlehrer jene Einrede eine gemischte, und sie war schon durch die C. G. O. von 1507. V. 4. hinter die Einlassung verwiesen, weil sie den Haupthandel berühre und die Kriegsbefestigung nicht hindern könne.

Linde Civilprozeß §. 303.

Es wurden deßhalb die Erkenntnisse der vorderen Instanzen aufgehoben, die Restitution in Bezug auf den Einredevortrag ertheilt, und die Verhandlung darüber an den Unterrichter zurückgewiesen.

C.

So lange in einer anhängigen Rechtssache ein Endurtheil nicht gegeben ist, kann von einer Wiederherstellungsklage, weil diese als ein Rechtsmittel nach §. 1251 der Pr.-O. ein Urtheil voraussetzt, keine Rede sein, sondern nur von einem Wiederherstellungsgesuche, welches die Berücksichtigung der nicht zu gehöriger Zeit vorgebrachten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bezweckt. Es macht hiebei keinen Unterschied, ob eine ganze Prozeßhandlung versäumt, und die Partei daher mit Vornahme derselben ausgeschlossen worden ist, oder ob die betreffende Prozeßhandlung zwar vorgenommen, aber ein bestimmtes Vertheidigungsmittel dabei nicht benützt wurde. In dem einen wie in dem anderen Falle handelt es sich um eine Wiederherstellungsbitte, welche schon nach gemeinem Rechte ohne Gehör des Gegners gewährt werden kann, wenn die causa restitutionis bescheiniget ist.

Morstadt Civilprozeß. S. 279.

Nach dem System unserer Prozeßordnung §. 658 ff. ist je nach Umständen, entweder die einfache Bitte um Restitution genügend, oder es muß ein gültiger Entschuldigungsgrund beigebracht werden.

Ist dagegen ein Urtheil ergangen und es soll bei dem Richter, der es erlassen, Wiederherstellung erbeten werden, so kann 1) bei solchen Urtheilen, die als Versäumungserkenntnisse gelten, das Versäumte ebenfalls nur in der Form eines Wiederherstellungsgesuches beigebracht werden. Es ist dieses keine Wiederherstel-

Digitized by Google

lungsklage, mag nun die Versäumung einer Entschuldigung bedürfen oder nicht, und ersteren Falls wie immer begründet werden. Gilt aber 2) das Urtheil nicht als Versäumungserkenntniß, und es soll eine Neuheit vorgebracht werden, um eine Abänderung des Urtheils zu bewirken, so stehen wir auf dem Gebiet der Wiederherstellungsklage. Diese aus der Natur der Sache sich ergebende, und auch gemeinrechtlich aufgestellte Unterscheidung zwischen dem Rechtsmittel der Wiederherstellung und dem Wiederherstellungsgesuche, welche Unterscheidung auf die Art ihrer Behandlung wesentlichen Einfluß hat,

Linde Rechtsmittel II. S. 682,*)
Schmid Civilprozeß III. S. 541,

ist in unserer Pr.-O. bis zu ihrem letzten §. festgehalten worden. In diesem aber ist auf einmal von Wiederherstellungsklagen gegen Versäumungserkenntnisse die Rede.

Es wird nämlich

1) die Regel aufgestellt, daß gegen derartige Erkenntnisse keine Wiederherstellungsklage stattfinde, was in dem bisher ausgeführten Sinne von jeher seine Richtigkeit hatte, und dann wird

2) eine Ausnahme zu Gunsten Minderjährigen u. s. w. beigefügt, gegen welche während ihrer Minderjährigkeit ein Versäumungserkenntniß ergangen ist. Strenge genommen kann nun aber, was den letzteren Punkt betrifft, bei Versäumungserkennt-

*) Es heißt hier: „Von dem Rechtsmittel der Restitution ist ausgeschlossen die Restitution gegen Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen eines Prozesses, z. B. gegen Versäumung von Fristen. Diese Restitutionen sind selbst dann, wenn sie nach erfolgtem Urtheile und nachdem ein richterliches Decret das Dasein eines Versäumnisses und den Eintritt des Rechtsnachtheils bereits ausgesprochen hatte, nachgesucht werden, doch nicht als Restitutionsgesuche gegen Urtheile zu betrachten. Sie haben zu ihrem Gegenstande zunächst nicht das Urtheil, sondern die anerkannte, angeblich verzeihliche Versäumniß und dessen Beseitigung, und nur folgeweise wird jenes Urtheil außer Wirksamkeit gesetzt.

nissen überhaupt nicht von einem Rechtsmittel der Wiederherstellung die Rede sein, und hinsichtlich des ersteren Punktes entsteht das, hier gelegenheitlich zu erwähnende Bedenken, ob derjenige, der erst nach rechtskräftig gewordenem Versäumungserkenntniß Neuheiten entdeckt, die er hätte benützen können, von der Rechtswohlthat ihres nunmehrigen Vorbringens ganz ausgeschlossen sein soll.

Ein Beklagter weiß z. B. im Augenblick nichts Erhebliches gegen die Klage vorzubringen und läßt sich deßwegen in contumaciam verurtheilen. Später aber entdeckt er, daß ihm eine früher nicht gekannte Einrede zu Gebot gestanden hätte, z. B. daß sein Erblasser, als dessen Nachfolger er belangt wurde, die Forderung bezahlt hatte. Es scheint mit der Gerechtigkeit nicht verträglich zu sein, dem Beklagten in diesem Falle jede Vertheidigung mit der neu entdeckten Einrede abzuschneiden. Hätte er die Existenz des Klagerechts mittelst einer confessio in jure ausdrücklich anerkannt, so würde ihm das Recht der Anfechtung dieses Bekenntnisses wegen Irrthum zur Seite stehen, und schlimmer kann er wegen des Ungehorsams nicht daran sein.

Auch sagt der §. 330 der Pr.-O. ausdrücklich, daß die säumige Partei mit allen Einreden u. s. w., welche hätten vorgebracht werden **können**, ausgeschlossen wird, und was man nicht weiß, kann man natürlich nicht vorbringen. Ebenso behauptet man in Bezug auf den gemeinen Prozeß, daß unter dem Ausschluß diejenigen Vertheidigungsmittel nicht inbegriffen seien, die erst später erwachsen.

Heffter Civilprozeß §. 362.

Es scheint, daß die Prozeßordnung in §. 1265 mehr die **Form** des Vorbringens und die Behandlung desselben vor Augen gehabt hat, als den im **Wesen** der Sache begründeten Unterschied, und das **Recht** zum Vorbringen überhaupt. Minderjährige sollen berechtiget sein, sowohl gegen Versäumungserkenntnisse als auch gegen andere Urtheile, die zwar nicht als Versäumungserkenntnisse gelten, aber wegen nicht gehöriger Vertheidigung ihrer Rechte zu ihrem Nachtheil ausgefallen sind, (§. 1254)

Digitized by Google

innerhalb 4 Jahren nach erlangter Großjährigkeit in Form einer Wiederherstellungsklage den Prozeß wieder aufzunehmen. Sie haben also bei Versäumungserkenntnissen nicht nothwendig, innerhalb 14 Tagen nach erlangter Kenntniß die gewöhnliche Wiederherstellung nachzusuchen. Der Großjährige dagegen hat, wenn er nach rechtskräftig gewordenem Versäumungserkenntniß Neuheiten entdeckt, nicht den im §. 1253 angezeigten Weg der Wiederherstellungsklage zu betreten, sondern es gilt ihm die Unkenntniß des fraglichen Vertheidigungsmittels als ein Hinderungsgrund im Sinne des §. 661 der Pr.-O. Dieser Hinderungsgrund besteht nur in Bezug auf das neu aufgefundene Mittel, und er muß in Bezug auf dieses innerhalb 14 Tagen nach Beseitigung des Hindernisses, also nach erlangter Kenntniß des Neuem mit Bescheinigung des Hindernisses die Wiederherstellung nachsuchen. Nur auf diese Weise läßt sich obiges Bedenken auf eine gerechte und billige Weise lösen.

Nach dieser Ansicht hat auch das Oberhofgericht II. Senat in Sachen Bernhard gegen Braun eine Wiederherstellungsklage, welche gegen ein Versäumungserkenntniß gerichtet war, verworfen, und dieselbe darum nicht als Wiederherstellungsgesuch aufrecht erhalten, weil die Fristen desselben nicht beobachtet worden waren.

Was sodann die Restitution der Minderjährigen gegen Versäumungserkenntnisse betrifft, welche materiell ebenfalls nicht als ein Rechtsmittel erscheint, so kann diese Restitution auch schon während der Minderjährigkeit vom Vormunde erbeten werden. Nach cap. 2 X. 1. 41 wurden Minderjährige gegen Versehen der Nebenpersonen sogar direct restituirt, Linde l. a. II. S. 701. Vergl. auch l. 7 §. 11. l. 8 D. de minor. 4. 4.

Die deutsche Praxis pflegt überhaupt Restitution selbst ohne besonderen Antrag zu ertheilen, wenn die causa restitutionis liquid vorliegt.

Schmid l. c. S. 539 not. 27.

In dem oben angezeigten Rechtsfalle Schmitt gegen Schmitt, hat der Vormund eines Minderjährigen, der in einem Prozesse

Digitized by Google

wegen seines ehelichen Standes mit der Beweisantretung ausgeschlossen, und in Folge dessen in II. Instanz abgewiesen war, beim Hofgerichte auf den Grund der Nachlässigkeit des Sachwalters Restitution nachgesucht, und die Beweisantretung nachgebracht. Da eine culpa des Advocaten nicht nachgewiesen erschien, wurde die Restitution verworfen, und hiegegen die Appellation an das Oberhofgericht ergriffen, wobei in der Beschwerdeschrift namentlich auch auf den §. 1265 der Pr.-O. abgehoben wurde. Es entstand nun beim Oberhofgericht das formelle Bedenken, ob man den Restitutionsgrund der Minderjährigkeit des Klägers berücksichtigen könne, weil solcher früher nicht geltend gemacht worden war, allein die Majorität entschied sich für die Zulässigkeit der Restitution wegen Minderjährigkeit, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Hauptgrund jeder Wiederherstellung gegen Versäumnisse besteht darin, daß der Partei, welche unter dem Versäumniß leiden soll, kein Verschulden zur Last fällt, mag nun der Beweis dieser Schuldlosigkeit daraus folgen, daß die Partei durch unabwendbare Umstände an der Rechtsvertheidigung gehindert, §. 661 der Pr.-O., oder daß ihre Vertreter es waren, welche durch pflichtwidriges Unterlassen den Rechtsnachtheil herbeigeführt haben, §. 156 der Pr.-O. Da nun einem Minderjährigen eine Versäumung nie zur Last geschrieben werden kann, mag sie in diesem oder jenem Umstande ihre Veranlassung haben, so ertheilt ihm das Gesetz gegen jedes Versäumungserkenntniß Wiederherstellung (§. 1265 der Pr.-O.), und da im vorliegenden Falle der Kläger, der mit dem Beweise ausgeschlossen wurde, unbestritten ein Minderjähriger ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ihm die Wiederherstellung zu Theil werden muß, mag nun sein Vormund oder dessen Anwalt den eingetretenen Nachtheil verschuldet haben. Zwar ist erst in dieser Instanz der §. 1265 der Pr.-O. zur Rechtfertigung der erbetenen Restitution angerufen worden, allein diese Berufung auf die Minderjährigkeit des Klägers kann nicht als ein unstatthaftes neues Vorbringen angesehen werden, wie ein neuer erst in höherer Instanz vorgebrachter Klaggrund,

Digitized by Google

weil einestheils die Minderjährigkeit des Klägers eine actenmässige Thatsache ist, und weil anderntheils das Verbot der Klagänderung auf die Beweisführung der Schuldlosigkeit, bei einfachen Restitutionsgesuchen, wegen versäumter Fristen, keine Anwendung leiden kann.

Jedenfalls aber hat der Kläger die Kosten des Restitutionsverfahrens auf sich zu leiden, weil auch der Beklagte dasselbe nicht verschuldet hat. Aus diesen Gründen ꝛc.

R.

Digitized by Google

XLV.

Form des Liquidationsverfahrens.

(Walter gegen Stephan.)

Das Liquidationsverfahren ist eine nachträgliche Ergänzung des Hauptverfahrens in Bezug auf solche Punkte, worüber sich das Haupterkenntniß noch nicht bestimmt ausgesprochen hat, die aber, um das Object der Exekution festzustellen, vor der Vollstreckung in's Reine gebracht werden müssen. Nach gemeinem Recht soll möglichst summarisch hierüber verhandelt und entschieden werden.

Linde Civilprozeß §. 368.

Aus der Natur und dem Zwecke dieses Verfahrens, sowie aus der Berücksichtigung dessen, was im einzelnen Falle am Hauptverfahren noch zu ergänzen ist, ergiebt sich von selbst, welche Prozeßhandlungen in der betreffenden Sache noch nothwendig sind, und welche nicht. Und was hiernach als überflüssig erscheint, um den Parteien das gebührende Gehör zu schenken, muß unterbleiben, denn das ist gerade Zweck und Grundsatz einer vernünftigen Prozeßleitung, alles Unnütze wegzulassen, und in jeder Lage des Verfahrens Verhandlungen, deren Erfolglosigkeit mit voller Gewißheit vorliegt, von Amtswegen abzuschneiden.

Blätter für Rechtsanwendung XII. S. 352.

So ist es namentlich keineswegs immer nothwendig, daß dieses Verfahren mit einer neuen Klage beginne, sondern es kann sehr häufig nur noch in einem einfachen Beweisverfahren bestehen, wenn zur Ergänzung nur noch eine Beweisführung nothwendig ist.

Digitized by Google

Ein Beispiel hiefür liefert folgender Rechtsfall. Der Beklagte war rechtskräftig verurtheilt, den Werth gewisser Gerechtsame, die er verkauft hatte aber nicht gewähren konnte, vorbehaltlich näherer Liquidation zu ersetzen. Der Kläger stellte nun den Antrag, diesen Werth durch Sachverständige erheben zu lassen, und ihm die durch deren Gutachten sich ergebende Summe zuzuerkennen. Dieses geschah vom Unterrichter, nachdem er ein ordnungsmässiges Schätzungsverfahren gepflogen hatte. Dieses Urtheil wurde jedoch vom Hofgericht des Seekreises auf ergriffene Appellation als nichtig aufgehoben, weil es nicht mit einer Klage angefangen, und der Kläger keine bestimmte Summe gefordert habe. Das Oberhofgericht erkannte jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde in Berücksichtigung obiger Sätze nicht als begründet an, und stellte das amtliche Urtheil wieder her. Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Der Kläger hatte nur den Geldwerth der entwährten Gerechtigkeiten nachzuweisen. Hiezu bezeichnet der L.R.S. 1637 den Weg der Schätzung, und schon nach gemeinem Rechte war, um den zu ersetzenden Werth einer Sache in einem derartigen Fall zu bestimmen, keineswegs nothwendig, daß dem Schätzungsverfahren eine neue förmliche Klage und ein neuer Rechtsstreit vorangehe, vielmehr genügte es an der Abschätzung. (Bayer Civilprozeß S. 701. Danz. §. 459. D.) Hieran hat die Pr.-O. nichts geändert, sondern es ergibt sich aus §§. 975, 950, daß dieselbe auch hier das frühere Recht zur Richtschnur genommen hat."

R.

Digitized by Google

XLVI.

Anwendung des §. 303 der Pr.-O. auf verzögerliche Einreden.

(Köln-Mindener Eisenbahn gegen v. Haber.)

Die Direction der oben genannten Eisenbahngesellschaft erhob eine Klage gegen v. Haber auf Bezahlung gezeichneter Actien. Der Beklagte bemängelte die Prozeßlegitimation der klagenden Direction, und verweigerte deßhalb die Einlassung. Das Stadtamt Carlsruhe verfügte:

„Wird die Einrede der fehlenden Berechtigung zur Klage f. 3. zum Beweise ausgesetzt, und als prozeßhindernde Einrede vorläufig verworfen."

Gegen diese Verfügung ergriff der Beklagte die Berufung, und es ergieng ein bestätigendes Erkenntniß in II. Instanz, indem man hier die Berufung für zulässig erachtete. Die

hofgerichtlichen Entscheidungsgründe

lauten:

„Die Zulässigkeit der Berufung ergibt sich aus §. 302 der Pr.-O., wo festgesetzt ist, daß gegen die Verwerfung einer verzögerlichen Einrede, welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommen ist, Appellation sogleich stattfinde. Hier handelt es sich nun gerade um eine verzögerliche Einrede, welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommen ist, und wenn gleich der Unterrichter solche nicht definitiv, sondern nur als prozeßhindernd verworfen hat, so liegt doch in seinem Erkenntniß immerhin eine Verwerfung der vorgeschützten Einrede; bei den verzögerlichen Einreden macht

Digitized by Google

aber das Gesetz in Betreff der Statthaftigkeit der Appellation keinen Unterschied, ob dieselben gänzlich oder nur als prozeßhindernd verworfen wurden.

Die Verwerfung der vorgeschützten Einrede als prozeßhindernd geschah auch nach Ansicht des §. 92 Ziff. 3 der Pr.=O. mit allem Recht. Hier ist nämlich bestimmt, daß, wenn die Thatumstände, welche die Legitimation zur Sache ausmachen, angeführt seien, von der Gegenpartei aber widersprochen werden, dieser Widerspruch in der Regel nicht prozeßhindernd wirke, und kein abgesondertes Verfahren zur Folge habe, sondern lediglich wie eine verneinende Antwort in der Hauptsache zu betrachten sei.

Zwar haben die Beklagten nicht sowohl die Berechtigung der klagenden Gesellschaft zur Geltendmachung der durch die Klage erfolgten Ansprüche, als vielmehr die Berechtigung der als Stellvertreter der Gesellschaft aufgetretenen Personen zu dieser Vertretung bestritten, es handelt sich also nicht eigentlich um die Legitimation zur Sache, sondern um die Legitimation zum Prozesse.

Jedenfalls müssen aber die in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen über die Legitimation zur Sache wenigstens analog auch auf die Legitimation zum Prozesse angewendet werden, da hierüber keine besondern Vorschriften gegeben sind, der Grund und Zweck des angeführten Gesetzes aber bei dem Widerspruch der zur Prozeßlegitimation gehörigen Thatumstände ebenso eintritt, wie bei dem Widerspruch der Sachlegitimation." *)

Das Oberhofgericht II. Senat hielt die Berufung und folgeweise auch die Oberberufung des Beklagten für unstatthaft, und verwarf dieselbe mit folgenden

*) Die Prozeß= und die Sachlegitimation sind ungeachtet der gemeinschaftlichen Bezeichnung „Legitimation", welche häufig zu einer ähnlichen Behandlungsweise beider Anlaß gibt, nach ihrer innern prozessualischen Natur so wesentlich von einander verschieden, wie überhaupt die **Form** und die **Materie**, und es ist auch die oben angenommene Analogie nicht wohl **zu rechtfertigen**.

Digitized by Google

oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen.

„Der Beklagte hatte in erster Instanz die Vollständigkeit des Beweises, daß der klagenden Direction das Recht zur Prozeßführung zustehe, bemängelt und darauf hin die Einlassung verweigert, ohne jedoch mit Bestimmtheit zu behaupten, daß der Direction jenes Recht nicht zukomme. Der Unterrichter hat diesen Einwand nicht als unbegründet verworfen, sondern sich ausdrücklich vorbehalten, vom Kläger besseren Beweis zu fordern, mithin zu erkennen gegeben, daß er jenen Einwand für begründet halte. Die Beschwerde des Appellanten kann also nur darin bestehen, daß er sich inzwischen auf die Klage einlassen soll, und der einzig mögliche Nachtheil dieser Anordnung könnte der sein, daß diese Einlassung später als unnütz vollzogen erscheint, wenn der Beweis der Legitimation nicht geliefert werden sollte. Ein solcher noch ungewisser Nachtheil einer Verfügung ist um so weniger geeignet, eine Appellation gegen dieselbe zuzulassen, als er eine natürliche Folge des Systemes ist, welches die Pr.=O. in Bezug auf Zwischenappellationen überhaupt angenommen hat. Das nach der Pr.=O. §. 1168, 1172 u. s. w. als Regel geltende Verbot der Zwischenappellation gegen Erkenntnisse und prozeßleitende Verfügungen hat nämlich immer den Nachtheil, daß einer, vielleicht unnützen Fortsetzung der Verhandlungen Raum gegeben wird; die Möglichkeit eines solchen Nachtheils wurde aber geringer angeschlagen als die Verzögerungen durch Zwischenappellationen, und zudem kann die in einer Zwischenverfügung liegende Beschwerde einer Partei durch ihren Sieg in der Hauptsache gehoben, und dadurch die Appellation von ihrer Seite unnütz gemacht werden. Eben deßhalb gilt es selbst bei verzögerlichen Einreden nach §. 302 als Regel, daß sogar ihre gänzliche Verwerfung eine Zwischenappellation nicht begründet, obwohl alle diese Einreden gerade den Zweck haben, den Gang des Verfahren aufzuhalten, und obwohl dieser Zweck für die erste Instanz durch die Unstatthaftigkeit einer Zwischenappellation gegen die Verwerfung der Einrede verfehlt ist. Die im nämlichen §. 302 gemachte Ausnahme für die Nichtigkeitseinreden setzt voraus, daß diese Einreden definitiv verworfen wur=

Digitized by Google

den, und sie hat alsdann ihren guten Grund darin, daß die in der Verwerfung solcher Einreden liegende Beschwerde im Fall ihrer Erheblichkeit auch durch den Sieg des Beklagten in der Hauptsache meistens nicht geheilt werden könnte, weil das Urtheil ein nichtiges wäre. Dieser Grund schlägt aber, wenn nur die prozeßhindernde Wirkung solcher Einreden abgeschlagen wird, nicht an, und es ist eine Ausdehnung der Ausnahme auch auf diesen Fall durchaus nicht zu rechtfertigen, weil der einzig mögliche Nachtheil einer solchen Verfügung von unserer Pr.=O. prinzipmäßig nicht als Grund für eine Zwischenappellation anerkannt wurde.

Dieses hat unsere Pr.=O. in Bezug auf zerstörliche Einreden im §. 303 sogar ausdrücklich verfügt, und man darf, wenn die Pr.=O. bei verzögerlichen Einreden, wo derselbe Fall eintreten kann, darüber nichts gesagt hat, aus diesem Schweigen nicht folgern, daß darum bei verzögerlichen Einreden das Gegentheil stattfinden müsse. Jener §. bildet, hingesehen auf das Prinzip der Pr.=O., kein argumentum e contrario, sondern eine Analogie, der es übrigens sowie der Bestimmung des §. 303 überhaupt nicht einmal bedürfen würde, um in Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf den einzelnen Fall zu dem Resultat zu gelangen, daß eine Appellation hier unstatthaft sei." *) R.

---

*) Wenn man im §. 21 des Entwurfs einer Prozeßnovelle das Recht des Beklagten, wegen verzögerlicher Einreden die Einlassung zu verweigern, möglichst zu beschränken sucht, so verdient dieses Beifall, weil jenes Recht zu Mißbräuchen Anlaß gibt. Dagegen darf damit dem Richter das Recht nicht abgeschnitten sein, da, wo er es für zweckmäßig erachtet, das Verfahren vorerst auf die Erledigung einer solchen Einrede zu beschränken. Auch wird dem Beklagten, wenn sofort eine Nichtigkeitseinrede gänzlich verworfen wird, das Recht verbleiben, sogleich die Berufung zu ergreifen.

Digitized by Google

XLVII.

Die §§. 19, 20 des Wildschadengesetzes. Schätzungseid bei Wildschaden.

(Hugsweier gegen Völker.)

I. Während man in Frankreich mit der größten Aufmerksamkeit über den so wichtigen Beweis der Zustellung gerichtlicher und anderer öffentlicher Akte zu wachen pflegt, bildet bei uns der Mangel dieser Sorgfalt einen wahren Uebelstand der Praxis, welcher die Betheiligten sehr häufig in Nachtheile versetzt. Einen Beleg hiefür liefert nachstehender Fall.

Es ist in den oben angeführten §§. des Wildschadengesetzes gesagt, daß der Beschädigte, wenn er mit dem Ausspruch der Schätzer zufrieden sei, die Schätzungsurkunde dem Jagdinhaber gegen Bescheinigung einhändigen lassen soll, und daß alsdann die Schätzung, sofern der Jagdinhaber binnen fünf Tagen sich nicht erklärt, die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils erlange. Nichts scheint daher natürlicher, als daß der Beschädigte sich den hier vorgeschriebenen Beweis für die Zustellung zu verschaffen hat, wenn er seiner Zeit daraus die Rechtskraft der Schätzung ableiten will, und daß der Mangel des Beweises der Zustellung die Wirkungen der Schätzung aufhebt oder die Rechtskraft hindert.

So erkannte auch das Oberhofgericht in dem oben angeführten Rechtsfalle. Die Gemeinde Hugsweier erhob eine Klage gegen D. Völker auf Zahlung eines Wildschadenersatzes und behauptete, daß durch das von ihr eingeleitete Verfahren der §§. 19 und 20 des Wildschadengesetzes die Größe des geforderten Ersatzes rechtskräftig festgesetzt sei. Der Beklagte läugnete, daß ihm von der Gemeinde eine solche Abschätzungsurkunde zugestellt worden sei

Digitized by Google

und gab nur zu, daß eine Abschätzungsurkunde in sein Haus gekommen sei, ohne daß er wisse, von wem und auf welche Weise. Die Gemeinde Hugsweier konnte keine Bescheinigung vorlegen und es handelte sich daher um die Frage, ob das, was der Beklagte zugegeben, hinreichend sei, um eine Behändigungsurkunde zu ersetzen.

In zweiter Instanz wurde dieses bejaht, beim Oberhofgericht II. Senat aber verneinend beantwortet und zwar aus folgenden Gründen:

Die §§. 19 und 20 des Wildschadengesetzes haben keinen anderen Sinn, als daß in dem dort besprochenen Falle das Verhalten des Beschädigten und des Jagdinhabers als eine beiderseitige Unterwerfung unter den Ausspruch eines Schiedsrichters betrachtet wird, und daß eben deßhalb dieser Spruch die Natur eines rechtskräftigen Urtheils erlangt.

Die Voraussetzungen dieser Unterwerfung sind

1) auf Seiten des Beschädigten: daß er das Gutachten mit der ausdrücklichen oder aus den Umständen klar hervorgehenden Anforderung des taxirten Betrages dem Jagdinhaber zustellt oder zustellen läßt, und es enthält diese Zustellung zugleich einen Verzicht auf jede Mehrforderung;

2) auf Seiten des Jagdinhabers: daß er vom Empfang dieses also zugestellten Gutachtens an, während fünf Tagen keine Einsprache erhebt. Wenn nun auch bei diesem aussergerichtlichen Verfahren keine weiteren Formalitäten erforderlich sind, so muß doch jedenfalls das Dasein dieser beiden Voraussetzungen, nämlich daß der Beschädigte es war, der die Zustellung bewirkt hat, und daß der Jagdinhaber die Zustellung als von dem Beschädigten herrührend empfangen hat, hergestellt sein. Im vorliegenden Falle ist mehr nicht gewiß, als daß der Beklagte von einer bestimmten Zeit an im Besitze einer Ausfertigung des Gutachtens sich befand, dagegen will er nicht wissen, und es ist auch nicht bewiesen, wie das Gutachten in seine Wohnung gekommen ist.

Würde nun der Beklagte aus dieser Thatsache des Besitzes gegen die Klägerin, falls sie etwa mehr als den taxirten Betrag

gerichtlich fordern wollte, die Einrede der entschiedenen Sache ableiten, die Klägerin aber läugnen, daß sie die Zustellung bewirkt habe, so würde man unzweifelhaft und mit Recht die Einrede verwerfen; so lange es an dem Beweise, daß die Zustellung von Seiten der Klägerin geschehen, fehlt, weil der Beklagte auch auf andere Weise in den Besitz gelangt sein kann.

Umgekehrt kann aber auch aus dem Nichtwidersprechen des Jagdinhabers keine stillschweigende Einwilligung gefolgert werden, wenn nicht gewiß ist, daß die Zustellung von dem Beschädigten der Anforderung wegen geschah, und dieses dem Jagdinhaber eröffnet wurde.

Die ausdrückliche wie die stillschweigende Einwilligung setzen eine zur Annahme reife Erklärung voraus, und die zur Annahme reife Erklärung des Beschädigten besteht hier darin, daß er mit dem Gutachten zufrieden sei. Eine solche Erklärung ist für den Jagdinhaber nur dann vorhanden, wenn er weiß, daß der Beschädigte es war, der ihm das Gutachten zustellen ließ, um ihn dadurch zur Zahlung aufzufordern. Erst wenn er dieses weiß, ist er verpflichtet, zu antworten, und die bloße Vermuthung oder die Wahrscheinlichkeit, daß der Beschädigte die Zustellung bewirkt haben möge, kann um so weniger eine Verpflichtung zur Antwort begründen, als das Gesetz ausdrücklich eine Bescheinigung über die Zustellung verlangt, auch der Jagdberechtigte, um sich vor einer Mehrforderung sicher zu stellen, so gut ein Interesse hat, die Bescheinigung der Zustellung von Seiten des Beschädigten zu begehren, als dieser von ihm.

Es muß also die Zustellung auf eine Art geschehen, die es auch dem Jagdberechtigten möglich macht, sein Interesse zu wahren.

Da nun die Klägerin die vorgeschriebene Bescheinigung nicht beigebracht hat, so kann dem Stillschweigen des Beklagten, und dem bloßen Besitze des Gutachtens nicht die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils beigelegt werden.

II. Es ist eine Anforderung der Gerechtigkeit, daß man den Kläger über die Größe des von ihm erlittenen Schadens zum Schätzungseide zuläßt, sobald er ohne seine Schuld in der

Digitized by Google

Lage ist, den Beweis der Größe desselben auf andere Art nicht liefern zu können. Dieses bestimmen auch unsere positiven Gesetze, (L.R.S. 1369. §. 642 der Pr.=O.)

Eine Ausnahme ist nur dann gerechtfertiget, wenn der Kläger den Verlust anderer Beweismittel selbst verschuldet hat;

Schmidt Civilprozeß, B. 2. Seite 404.

dagegen kann die Art des Schadens, dessen Vergütung in Frage steht, eine Ausnahme nicht rechtfertigen. Dieses muß daher auch beim Wildschaden gelten, sofern die Beschädigung selbst erwiesen, aber die Größe des Schadens nicht mehr durch Augenschein zu ermitteln ist, und diese Unmöglichkeit dem Beschädigten nicht als Folge seiner Nachlässigkeit angerechnet werden kann, was freilich in der Regel der Fall sein wird. Der Umstand, daß das Gesetz über Wildschaden nur von einer Schätzung durch Sachverständige spricht, ist kein hinreichender Grund, die allgemeine, für einen unverschuldeten Nothfall gegebene und der Gerechtigkeit entsprechende Regel ausser Anwendung zu setzen, vielmehr sind die hier erwähnten Grundsätze über die Beweisführung mit den allgemeinen Regeln in Verbindung zu bringen, und es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, denjenigen im Stiche zu lassen, dem erweislich in der Anordnung einer Schätzung keine Nachlässigkeit zur Last fällt, der vielmehr das Seinige gethan zu haben glauben konnte. Es kommt daher im einzelnen Falle nur darauf an, ob man dem Kläger eine Nachlässigkeit zur Last legen kann oder nicht. (Oberhofgericht II. S.) R.

Digitized by Google

XLVIII.

Zur Auslegung des Satzes 1428 des Landrechts.

(Eichstetter gegen Fiscus.)

Der Ehemann hat das Recht der **Verwaltung** an allem Vermögen, das der Frau kraft Gesetzes oder kraft Vertrages als Eigenthum verbleibt, sei es beweglich oder unbeweglich, sofern es nicht zugebrachtes Gut ist, (S. 1574 ff.) oder **Vermögensabsonderung** zwischen den Ehegatten besteht. Hinsichtlich des Verfügungsrechts über Liegenschaften ist im S. 1428 ausdrücklich festgesetzt, daß der Mann dieselben ohne Einwilligung der Frau nicht veräussern dürfe, und es kann also hierüber kein Streit entstehen. Um so mehr aber wird darüber gestritten, welchen Umfang die Gewalt des Mannes in Ansehung des **fahrenden** Vermögens der Frau habe, wenn sie sich solches ganz oder theilweise vorbehalten hat. Dieser Vorbehalt kann in verschiedenen Formen und bei sonst verschiedenen Güterrechtsverhältnissen in ähnlicher Weise stattfinden. Vergl. S. 1498, 1500, 1530 ff. 1540 ff. Ueberall steht hier dem Manne die **Verwaltung** zu, und es ist durchaus kein Grund vorhanden, die Gränzen dieser ehemännlichen Gewalt bald weiter bald enger festzusetzen, je nachdem sie aus diesem oder jenem Güterrechtsverhältniß folgt; es sind vielmehr die hier zerstreuten einzelnen Bestimmungen über die Verfügungsgewalt des Mannes zusammenzustellen, um für alle derartige Fälle möglichst allgemeine und gleichartige Grundsätze zu gewinnen. So ist insbesondere der Satz 1428 überall maßgebend, wo die Frau eigenes Fahrnißvermögen besitzt, denn dieser Satz bezieht sich nicht etwa auf dasjenige bewegliche Vermögen, welches die Ehefrau in die **Gemeinschaft** einwirft, son-

Digitized by Google

dern wie der erste Absatz deutlich besagt, auf das eigene Vermögen der Frau. Es sind ja auch die Rechte des Mannes über das Gemeinschaftsvermögen schon in den Sätzen 1421 u. 1422 bestimmt, und es kann daher der Satz 1428 in keiner Weise, obwohl es schon versucht wurde, auf das in die Gemeinschaft gefallene Vermögen der Frau bezogen werden.

Die also zusammengeworfenen Bestimmungen ergeben jedoch immer noch kein ausreichendes Resultat, sondern es ist weiter zu berücksichtigen, welche nothwendigen Folgen der dem Mann zustehende Genuß oder Nießbrauch des eheweiblichen Fahrnißvermögens mit sich bringt, und was das Gesetzbuch überhaupt unter dem Begriff von Verwaltungshandlungen versteht.

Aus dem Genußrecht des Mannes, sowie aus den Sätzen 587, 1532, 1551, kann man mit Sicherheit die Folge ableiten, daß der Ehemann über vertretbare und verbrauchbare Sachen, vorbehaltlich des Werthersatzes bei Auflösung der Gemeinschaft, nach Belieben disponiren kann, und ebenso über diejenigen Fahrnisse, welche ihm mit einem Anschlag übergeben werden, ohne beigefügte Rechtsvernehmung, daß die Schätzung nicht als Verkauf gelten soll. Hinsichtlich anderweiter Objecte steht dem Mann jedoch nur das Recht der Verwaltung zu. Aber gerade dieses Recht, so oft auch von demselben im Gesetzbuch die Rede ist, wurde nirgends genau bestimmt.

Sätze 125. 481. 1428. 1531. 1577. 1988.

Der letzte der angeführten Sätze sagt nur, daß ein Verwalter zu Veräusserungen, Verpfändungen und anderen Eigenthumshandlungen, einer besonderen Vollmacht bedürfe. Zachariä III. S. 428 definirt jenes Recht als die Befugniß: alles das zu thun, was zur Erhaltung, Vermehrung oder Benutzung des Vermögens dienlich oder erforderlich ist, und bemerkt hiezu, daß sich dieses Recht nicht genauer im Allgemeinen bestimmen lasse. Es sei die Frage in das Ermessen des Richters gestellt, welcher vor allen Dingen die Umstände des einzelnen Falles zu betrachten habe. Und in der That wird auch die Veräusserung eines Fahrnißstückes bald als eine Verwaltungshandlung bald nicht als eine

Digitized by Google

solche betrachtet werden können, wenn man auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles Rücksicht nimmt, z. B. wenn es sich um Zugehörden eines Landgutes handelt.

Im Grunde würde dem Ehemann als Verwalter auch nicht das Recht zustehen, die Prozesse allein zu führen, welche das Fahrnißvermögen der Frau betreffen, weil dieses strenge genommen keine Verwaltungshandlung ist, allein der Satz 1428 räumt ihm dieses Recht ausdrücklich ein. Mit dem Rechte der Prozeßführung ist jedoch noch keineswegs das Recht, auf Ansprüche der Frau zu verzichten, Vergleiche abzuschließen, oder einen Rechtsstreit durch eine confessio in jure aufzugeben, verbunden, denn derartige Akte sind ja keine gerichtliche Vertheidigung mehr, sondern sie enthalten das Gegentheil derselben, und sind deßhalb hier so wenig, wie überhaupt, in der Vollmacht zur Prozeßführung begriffen, sondern es bedarf hier wie zu Veräusserungen überhaupt der Mitwirkung der Ehefrau. Die entgegengesetzte, vielfach vertheidigte Meinung geht dahin, daß der Ehemann über das eigene Fahrnißvermögen der Ehefrau, wenigstens unter belastendem Titel, wie über das Gemeinschaftsgut verfügen könne, und daß zwischen diesem und jenem nur der Unterschied bestehe, daß die Ehefrau für die vorbehaltene Fahrniß Ersatz zu fordern berechtiget sei. Diese Ansicht ist jedoch nach dem Bisherigen nicht zu rechtfertigen. Auch Zachariä tritt ihr in der neusten Ausgabe Bd. III. S. 260 entgegen. Er stützt sie besonders auch darauf, daß nach S. 1498 Abs. 2 die Eheleute, wenn die Gütergemeinschaft aufgelöst werde, ihre Mobilien in natura und nicht blos den Werth derselben zurückzunehmen berechtiget seien. Die Frau könne die veräusserten Mobilien nach S. 2279 allerdings nicht vindiziren, aber sie könne sich der Veräusserung derselben durch einen Beschlag widersetzen.

Die gleiche Ansicht ist auch unter Berufung auf Entscheidungen des Cassationshofes ausgeführt in

Rodière et Pont traité du contrat de mariage t. II. n. 50—53.

und das Oberhofgericht II. Senat hat sie in folgendem Rechtsfalle ebenfalls angenommen.

Digitized by Google

Als der Staat vor mehreren Jahren im Begriffe war, eine neue Staatsstraße durch den Ort Oestringen anzulegen, unterhandelte er mit den betreffenden Einwohnern wegen Abtretung des erforderlichen Terrains, und der zu leistenden Entschädigung. So auch mit Eichstetter, der einen Platz vor dem Hause abzutreten hatte, um ihn zur Straße, welche überdieß um einige Fuß erhöht wurde, verwenden zu können.

Eichstetter verlangte nur 25 fl. wegen Veränderung seiner Einfahrt, und erklärte dabei, daß er auf jede Mehrforderung und Entschädigung verzichte. Als das Werk vollendet war, trat er jedoch im Namen seiner Ehefrau, welcher fragliches Wohngebäude gehörte, mit einer Klage auf, worin eine Entschädigungsforderung von 1500 fl. gegen den Gr. Fiscus geltend gemacht wurde, weil diese neue Anlage der Hofraithe sehr große Nachtheile zufüge, und deren Werth bedeutend vermindere.

Dieser Klage wurde die Einrede entgegengehalten, daß nach obigem Vorgange eine Entschädigungsklage auf mehr als 25 fl. nicht stattfinden könne, wogegen anderer Seits behauptet, und vom Hofgericht auch angenommen wurde, daß diese Erklärung des Mannes die Frau, um deren eigene Ansprüche es sich hier handle, nicht binden könne.

Auch beim Oberhofgericht wurde diese Einrede verworfen, und zwar ebenfalls deßwegen, weil die Entschädigungsforderung für den Minderwerth der eheweiblichen Liegenschaft keine Forderung der Gemeinschaft, sondern der Ehefrau sei, und der Ehemann sich hierüber ohne Einwilligung der Frau nicht vergleichen resp. nicht darauf verzichten könne.

Bei dieser Ansicht bedurfte es nicht einer näheren Prüfung der Frage, ob die Erklärung des Ehemannes über die Abtretung des Platzes und die zu zahlende Entschädigung nicht unter den Begriff einer Liegenschaftsveräusserung falle, und schon darum der eheweiblichen Einwilligung bedurft hätte. R.

Digitized by Google

II.

Vindikation der während der Ehe veräusserten eheweiblichen Liegenschaften.

(Rees gegen Nagel.)

Die Rees'sche Ehefrau vindizirte von dem Beklagten Nagel eine Liegenschaft, die der letztere in einer öffentlichen Zwangsversteigerung gekauft hatte.

Sie behauptete nämlich, daß diese Liegenschaft wegen Schulden ihres Mannes, die sie nicht berühren, versteigert worden sei, daß aber das Eigenthum derselben nicht dem Mann oder der Gemeinschaft, sondern ihr allein zustehe, daher auch nicht wegen ehemännlichen, oder Gemeinschaftsschulden angegriffen werden könne. Auf diese Klage wurde in den beiden vorderen Instanzen, weil solche in Rechten nicht begründet sei, die Ladung versagt, und man leitete die Unstatthaftigkeit der Klage daraus ab, daß die Klägerin in der Klage selbst angeführt habe, es sei die fragliche Vollstreckungsverfügung gegen die Rees'schen Eheleute ergangen, mithin nicht blos gegen den Mann, sondern auch gegen die Klägerin selbst wirksam, weßhalb diese das ihr selbst im Zwangswege versteigerte Gut nicht vindiziren könne.

Die Klägerin ergriff die Oberappellation, und nach gepflogener mündlicher Verhandlung wurde bei der Berathung im II. Senate folgendes vorgetragen:

I. Der Rechtssatz, von welchem das Hofgericht ausgehe, müsse im Allgemeinen als richtig angenommen werden. Eine andere Frage aber sei diese, ob die vorübergehende Anführung in der Klage als eine Anerkennung aller der thatsächlichen Voraussetzungen angesehen werden könne, unter welchen die Vollstreckungsverfügung als gültig und wirksam gegen die Ehefrau erscheine. Es sei möglich, daß die Klägerin, obwohl die Rubrik der Voll-

Digitized by Google

streckungsverfügung auf die Rees'schen Eheleute gelautet habe, dieselbe dennoch als rechtlich unwirksam, z. B. wegen mangelnder Zustellung an sie anfechten könne, sofern sich seiner Zeit der Beklagte darauf berufen sollte, und es sei daher gewagt, auf eine solche Anführung hin auszusprechen, daß die Klage unbezweifelt in Rechten nicht begründet sei; vielmehr müsse man unter solchen Umständen die Ladung eher zulassen als verwerfen.

II. Ein weiteres Bedenken sei aber, ob gegen den Käufer einer im Zwangswege versteigerten Liegenschaft eine Vindikation in der Art, wie solche erhoben worden sei, angestellt werden könne. Sofern das in §. 844 ff. der Pr.-O. beschriebene Aufforderungsverfahren stattgefunden habe, (vergl. §. 1060 ibid.) sei eine Vindikation nicht mehr zulässig. Wo aber dieses unterblieben, setze der §. 1059 der Pr.-O. eine solche Vindikation als möglich voraus, knüpfe jedoch die Verbindlichkeit zur Abtretung der ersteigerten Liegenschaft an die Gegenverbindlichkeit des Klägers, zuvor das, was der Steigerer am Steigerungspreise nach Anweisung der zuständigen Behörde bezahlt habe, nebst den nothwendigen und nützlichen Verwendungen und den Kaufkosten dem Steigerer zu erstatten. Hiezu habe sich die Klägerin nicht erboten, indessen liege auch hierin kein Grund zur Ladungsversagung, indem es ungewiß sei, ob der Beklagte überhaupt solche Auslagen gemacht habe, und weil, wenn der Beklagte diese Verbindlichkeit in Anspruch nehme, bei einer Verurtheilung desselben im Endurtheil hierauf Bedacht genommen werden könne.

III. Ein wichtigeres Bedenken sei dieses, ob die Ehefrau, welche nach ihrer Erklärung mit dem Manne in Gütergemeinschaft lebe, während dieses Verhältnisses überhaupt die ohne ihre Bewilligung veräusserten Liegenschaften vindiziren könne, oder ob sie die Auflösung der Gemeinschaft abwarten müsse. Es gebe hierüber verschiedene Ansichten, sowie überhaupt diese ganze Materie mit Controversen übersäet sei, und es handle sich hier nicht allein

1) darum, welcher Ansicht man im Allgemeinen den Vorzug gebe, sondern auch

2) ob die Verneinung des Vindikationsrechts während der

Digitized by Google

Dauer der Gemeinschaft auf eine Zwangsversteigerung Anwendung leiden könne?

Zu 1. Nach der richtigeren Ansicht müsse die aufgeworfene Frage im Allgemeinen verneint werden, und zwar aus mehrfachen Gründen:

a) Wenn auch der Ehemann nicht das Eigenthum der eheweiblichen Liegenschaften veräussern könne, so sei er doch Herr des Genusses, und könne daher diesen gültig einem Dritten überlassen. Der Käufer könne demnach einwenden, daß ihm, wenn auch nicht das Eigenthum, doch der Genuß gültig übertragen worden sei, und daß er vor Beendigung dieses Genußrechts keine Verbindlichkeit habe, die Liegenschaft herauszugeben. So wenig die Frau gegen den Ehemann eine Klage auf Rückgabe der Liegenschaft zu eigener Verwaltung und Benutzung habe, so lange nicht Gütersonderung eingetreten sei, eben so wenig könne sie dieses von dem Dritten verlangen, der durch den Ehemann in den Besitz und Genuß der Liegenschaft gekommen sei.

b) Für das Recht und die Ausübung der Vindikation sei es von entschiedener Wichtigkeit, ob die Frau bei Auflösung der Gemeinschaft an dieser theilnehme oder nicht, und ob sie es hiebei vorziehe, den Preis der Liegenschaft aus dem gemeinschaftlichen resp. ehemännlichen Vermögen zu fordern, oder die Liegenschaft selbst in Anspruch zu nehmen. Wenn sich die Ehefrau nicht entschlage, so trete sie wenigstens theilweise in die Verbindlichkeiten der Gemeinschaft ein, somit auch in diejenigen Verbindlichkeiten, welche der dritte Erwerber gegen die Gemeinschaft wegen Entwährung geltend machen könne. Dieses sei aber von großer Wichtigkeit für die Vindikation. Man stoße freilich auf neue Streitfragen über den Einfluß dieses Eintretens in die Gewährpflicht auf die Vindikation, allein es sei in Bezug auf die Zeit der Vindikation gleichgültig, wie man dieselben beantworte. Diejenigen nämlich, welche die Gewährung des ruhigen Besitzes für eine untheilbare Verbindlichkeit betrachten, wie dieses der Cassationshof schon in mehreren Entscheidungen gethan, (Sirey, 11. 1. 188, 15. 1. 234, 30. 1. 395, 40. 1. 569) müssen zu dem Re-

Digitized by Google

sultate gelangen, daß eine Vindikation gar nicht statt finde, wenn die Ehefrau an der Gemeinschaft Theil nehme, weil ihr die Regel entgegenstehe: quem de evictione tenet actio, eandem agentem repellit exceptio, und weil diese Einrede, welche auf der Verbindlichkeit zur Gewährung des ruhigen Genusses beruhe, eben so untheilbar sei, wie diese Verbindlichkeit überhaupt.

Andere seien der Meinung, daß die Ehefrau nur die Hälfte der Liegenschaft vindiziren könne, und wieder andere behaupten, daß sie die Hälfte des Kaufpreises resp. der Entschädigungssumme dem Besitzer anbieten müsse. Man möge nun die eine oder andere Ansicht vorziehen, so bleibe doch immer so viel gewiß, daß man das Dasein oder Nichtdasein, beziehungsweise die Bedingungen des Vindikationsrechts, nicht eher beurtheilen könne, als bis die Gemeinschaft aufgelöst und die Frau sich über die Theilnahme an derselben erklärt habe. Eben daraus folge aber nothwendig, daß man jene Voraussetzung abwarten müsse, ehe von der Ausübung einer Vindikation die Rede sein könne.

c) Der Satz 1560 spreche mit klaren Worten aus, daß die Frau ihr veräussertes ehesteuerliches Gut vor Auflösung der Ehe oder vor einer erwirkten Gütersonderung nicht vindiziren dürfe. Dieser Satz stehe zwar im Kapitel von der bewidmeten Ehe, aber gerade daraus folge, daß er noch viel mehr auf die Gütergemeinschaft Anwendung leiden müsse. Die Dotalgüter seien nämlich für unveräusserlich erklärt, so, daß selbst die Einwilligung der Ehefrau den Verkauf nicht gültig machen könne, und dennoch dürfe dieselbe nicht früher vindiziren, als nach Auflösung der Ehe oder des Güterrechts.

Bei der Gemeinschaft aber könne wenigstens mit Einwilligung der Frau ihr Gut gültig veräussert werden. Es sei daher solches nicht so sehr, wie das Dotalgut, in Schutz genommen, und die Frau könne also auch bei der Vindikation in der Gemeinschaftsehe nicht mehr Rechte haben, als in der bewidmeten Ehe.

d) Ganz grundlos seien die Besorgnisse, daß die Ehefrau auf diese Weise benachtheiliget werden könne. Der Ehemann hafte ihr für den Schaden, und wenn es in Bezug auf ihre Ersatzan-

sprüche bedenklich aussehe, so könne sie Vermögensabsonderung in Gemäßheit des Satzes 1443 begehren und dann sei auch die Zeit zur Vindikation gekommen. Auch könne ihr inzwischen durch provisorische Verfügungen geholfen werden.

e) Endlich deute der Satz 2256, welcher die Ehefrau vor der Verjährung schütze, klar und deutlich an, daß und warum das Gesetz im Interesse der Ehe selbst eine solche Vindikation nicht dulden wolle. Der eheliche Friede soll durch Währschaftsansprüche an den Mann nicht gestört werden.

Alles dieses finde jedoch zunächst nur Anwendung auf einen freiwilligen Verkauf des Mannes und könne

zu 2. auf eine Zwangsversteigerung nicht ausgedehnt werden. Wenn die Ehefrau ihr Eigenthum von dem Steigerer vindizire, so könne von einer Währschaftsklage des Steigerers gegen den Mann keine Rede sein. Der Steigerer könne nur das früher schon eingeleitete Exekutionsverfahren fortsetzen, und die Frau als Vindikantin müsse ihn nach §. 1059 der Pr.-O. selbst entschädigen.

Dieser Fall gehöre nicht zu denjenigen, in welchen die Verjährung nach S. 2256 zu Gunsten der Ehefrau still stehe, und eben deßhalb müsse ihr auch eine Klage sogleich gestattet werden. Weil ferner eine Gewährleistungspflicht der Gemeinschaft nicht eintrete, sei auch die Klage nicht durch die Theilnahme oder Ausschlagung der Gemeinschaft bedingt.

Nach französischem Rechte sei zwar auch das bestritten, ob dem Steigerer eine Gewährleistungsklage gegen denjenigen zukomme, gegen welchen das Vollstreckungsverfahren stattgefunden habe, (Zachariä II. S. 370. Note 4,) allein diese Streitfrage sei durch §. 1059 der Pr.-O. abgeschnitten.

Es wurde hierauf vom Oberhofgericht II. Senat beschlossen, Ladung auf die Klage zu erlassen.

Die wesentlichste der gegen die Klage erhobenen Einwendungen bestand darin, daß das Urtheil und die Zugriffsverfügung, welche die Versteigerung zur Folge hatten, sowohl gegen den Ehemann als gegen die Ehefrau ergangen sei. Nach geschlossenen ersten Verhandlungen wurde Tagfahrt zur mündlichen Verhand-

Digitized by Google

lung anberaumt, und nach dem Stand der Sache war nichts anderes zu erwarten, als ein Beweiserkenntniß darüber, was in dem bei dem Amte Baden beruhenden Aktenfaszikel über die betreffende Klage gegen die Rees'schen Eheleute enthalten, ob auch die Ehefrau belangt und verurtheilt worden sei u. s. w., denn keiner der Anwälte hatte bis jetzt auf Einforderung dieser Akten angetragen, obwohl beide von der Existenz dieser Akten sprachen. In der angeordneten Tagfahrt stellte man den Anwälten vor, daß je nach Umständen der Prozeß sogleich endlich erlediget werden könnte, wenn die fraglichen Akten vorhanden wären und man veranlaßte sie, im Interesse der Vereinfachung des Prozesses darauf anzutragen, daß die Akten vor der mündlichen Verhandlung eingerufen und solche bis zu deren Einkunft verschoben werde. Dieses geschah und als die Akten eingekommen waren, stellte sich heraus, daß die Klage, das Urtheil und die Hülfsvollstreckung gegen beide Eheleute gerichtet waren, und daß namentlich die Ehefrau vergeblich gegen die amtlichen Erkenntnisse remonstrirt hatte. Es wurden deßhalb die Erkenntnisse der vorderen Instanzen bestätiget. *) R.

---

*) Es kommt sehr häufig vor, daß Urkunden, deren Existenz von beiden Theilen anerkannt ist, und deren Inhalt, Auslegung, Form oder Gültigkeit den Hauptstreitpunkt ausmachen, z. B. bei einem Testamente, vor einem Beweiserkenntnisse nicht zu den Akten gegeben werden, obwohl durch diese Vorlage eine alsbaldige definitive Entscheidung herbeigeführt werden könnte. Es ist dieses eine unnütze Prozeßverzögerung, welcher freilich in den meisten Fällen dadurch von Richteramtswegen vorgebeugt werden kann, daß man die Vorlage der Urkunden verlangt. Die Verhandlungsmaxime und insbesondere der §. 427 der Pr.-O. stehen hier nicht entgegen, da es sich nicht um den Beweis einer Thatsache handelt, wobei den Parteien die Beweismittel überlassen bleiben müssen. Wo Beschaffenheit, Form und Inhalt einer anerkannt vorhandenen und maßgebenden Urkunde den Streitpunkt bilden, ist die Aufforderung zur Vorlage derselben Behufs der Einsicht die Anordnung eines Augenscheins, welche nach §. 554 in jeder Lage des Streits geschehen kann.

Digitized by Google

L.

Ueber den Anfang der im L.R.S. 1167a bestimmten Klagenfrist.

(Schrank gegen Korb.)

Hierüber sprechen die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts (I. Senat) in obiger Sache folgenden Grundsatz aus:

„Die Verjährungsfrist der aus dem L.R.S. 1167 entspringenden Anfechtungsklage (actio Pauliana) ist durch den Zusatzartikel a auf die Dauer eines Jahres beschränkt, welches von der Zeit der dem Gläubiger möglichen Kenntniß an läuft. Es bedarf also keiner Gewißheit darüber, daß der Gläubiger sich von der unredlichen Handlung seines Schuldners wirklich Kenntniß verschafft hat, sondern es wird nur erfordert, daß er nach Beschaffenheit der Umstände Wissenschaft erhalten konnte und sollte. Denn damit ist ihm die rechtliche Möglichkeit zur Klagerhebung gegeben, wenn er anders die erforderliche Wachsamkeit, die ihm füglich zugemuthet werden darf, nicht ausser Acht läßt. Es kann diese Auslegungsweise des Zusatzart. 1167a um so weniger der Vorwurf der Härte treffen, als nach der Meinung mancher Lehrer des Röm. Rechts, aus welcher die einjährige Verjährung der actio Pauliana in unser Landrecht übergegangen ist, der Anfangspunkt jener Verjährung eine rein objective Natur hat, so daß die Zeit der unredlichen Veräusserung des Schuldners, und nicht die erlangte Kenntniß des Gläubigers maasgebend ist."

Savigny (System des heutigen R. R. Bd. 3. S. 410) bemerkt: „Jeder Kläger ist der Regel nach nicht in der Unmöglichkeit

Digitized by Google

zu klagen, denn in vielen Fällen ist es augenscheinlich, daß er durch gehörige Aufmerksamkeit die Verletzung hätte erfahren können, und in noch mehreren Fällen wird gerade dieser Umstand ungewiß bleiben. Es gilt also die im Allgemeinen für den Anfang der Klagverjährung aufgestellte Regel auch bei den einjährigen Klagen. In einzelnen seltenen Fällen jedoch kann für den Kläger die Entdeckung der Rechtsverletzung so schwer sein, daß sie der Unmöglichkeit gleich zu achten ist. Kann er also solche Umstände nachweisen, so wird die Verjährung ausnahmsweise von der Zeit seiner Kenntniß an gerechnet."

Gemäß dieses Grundsatzes wurde in obigem Betreff die Klage abgewiesen. Die Sache verhielt sich so:

Am 25. Oktober 1842 erwirkten die Kläger Liegenschaftsversteigerung gegen ihren Schuldner Conrad Fuchs, und es ergab sich sofort aus einem Berichte des Bürgermeisters, daß Fuchs seine sämmtlichen Liegenschaften an seinen Schwiegervater, den Beklagten, verkauft hatte. Bei der gleichzeitig erwirkten Pfändung der Fahrnisse im Gesammtwerth von 6789 fl. 30 kr. erhob der jetzige Beklagte Einsprache, indem er unter Vorlage der betreffenden Vertragsurkunden auch das Eigenthum sämmtlicher Fahrnisse des Fuchs in Anspruch nahm. Diese Einsprache wurde am 12. Januar 1842 dem Bevollmächtigten der Kläger gehörig zugestellt. Am 27. März 1845 wurde nun von den Klägern die actio Pauliana erhoben, um diese Veräusserungen ihres Schuldners als zum Abbruch ihrer Rechte geschehen anzufechten. Man hielt jedoch die oben erwähnten Vorgänge für genügend, um den Klägern die Kenntniß der behaupteten Gefährde möglich zu machen, und erklärte deßhalb die erst drei Jahre später erhobene Klage für erloschen. R.

Digitized by Google

LI.

Zur Auslegung des Satzes 1699.

(Sauter gegen Bloch.)

Nach der lex Anastasiana konnte der Cessionar mehr nicht gegen den Schuldner einklagen, als er für die Abtretung der Forderung bezahlt hatte. Streitig aber ist es nach gemeinem Recht noch immer, wer beweispflichtig sei, wenn der Beklagte dem Cessionar gegenüber behauptet, daß für die Abtretung nicht so viel, als eingeklagt wurde, bezahlt worden sei. Von der einen Seite sagt man, der Kläger müsse beweisen, was er bezahlt habe, weil davon die Begründung seiner Klage abhänge. Auf der anderen wird behauptet, der Beklagte wolle von einem Theile seiner Verbindlichkeit durch die Abtretung frei geworden sein, müsse also die Thatsachen beweisen, durch welche diese Befreiung bedingt sei.

(Vergl. Vangerow Pandekten III. S. 129.)

Schwierig ist der strenge Beweis für den Kläger, wie für den Beklagten.

Das franz. Recht hat die lex Anastasiana nur im Falle des S. 841 und nach S. 1699 bei der Abtretung streitiger Forderungen, die im römischen Recht ganz untersagt war, in etwas veränderter Weise, nämlich als eine Art von Einstandsrecht beibehalten, und nach der franz. Praxis ist allgemein angenommen, daß es Sache des Schuldners sei, die Simulation zu beweisen, wenn er behaupte, daß nicht der ganze vom Cessionar angegebene Kaufpreis bezahlt worden sei.

(Gilbert code annotée ad 1699 nro. 47.)

Digitized by Google

Nirgends wird nämlich dem Cessionar verboten, das ganze abgetretene Recht zu verfolgen, wenn er auch nicht den vollen Betrag dafür bezahlte, sondern es wird nur dem Beklagten gestattet, sich von dem Anspruche durch Zahlung des Cessionspreises frei zu machen, und eben deßhalb ist es auch vollkommen begründet, dem Beklagten den Beweis der Simulation aufzubürden. Indessen kann von einem Streit über den Cessionsbetrag gar keine Rede sein, ehe der Beklagte bestimmt erklärt hat, daß er auf den Rechtsstreit verzichten und den Preis bezahlen wolle.

Er kann sich diese Erklärung nicht vorbehalten, bis der Cessionspreis ausgemittelt ist, sondern diese Ausmittlung wird erst dadurch nothwendig, daß der Beklagte von dem Rechte des Satzes 1699 in bestimmter Weise Gebrauch macht und damit den bisherigen Prozeß niederschlägt. Nur die Zahlung des Cessionspreises kann durch den Streit über dessen Größe aufgehalten, keineswegs aber darf der Prozeß über den streitigen Anspruch selbst fortgesetzt, und dem Beklagten vorbehalten werden, das Recht des Satzes 1699 seiner Zeit auszuüben oder fallen zu lassen, wenn die Größe des Cessionspreises hergestellt sein werde.

(Gilbert l. c. nro. 8.)

Es wurde deßhalb vom Oberhofgericht II. Senat in obiger Sache auf einen derartigen Vorbehalt des Beklagten keine Rücksicht genommen. R.

Digitized by Google

LII.

Vermuthungsbeweise.

(Heisch gegen Müller. Restle gegen Trenkle.
Reinach gegen Iffinger.)

Unser Gesetzbuch unterscheidet wie das gemeine Recht die bekannten drei Arten von Vermuthungen. Mit Recht hat indessen schon

Weber über die Beweisführung V. §. 1,

bemerkt, daß die sogenannten præsumtiones juris et de jure eigentlich gar keine Vermuthungen, d. h. keine Schlüsse von der Wahrheit einer Thatsache auf das Wahrsein einer andern seien, sondern rechtliche Folgen, welche das Gesetz gewissen Thatsachen zuschreibt, weil es dabei eine bestimmte Unterstellung macht, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob jene Unterstellung, d. h. das Motiv der gesetzlichen Verfügung im einzelnen Falle auch wirklich zutrifft oder nicht. Die Richtigkeit dieser Bemerkung ergibt sich auch aus unseren L.R.S. 1350—1352, und Brauer hat daher die gesetzlichen Vermuthungen mit gutem Grund in solche eingetheilt, welche bestimmte Folgen nach sich ziehen, und in solche, mit welchen das Gesetz keine bestimmte Folge verbindet. Letzteres sind die gesetzlichen Vermuthungen im eigentlichen Sinne, weil hier das Gesetz nur einen Schluß von einer bekannten Thatsache auf die Wahrheit einer unbekannten Thatsache aufstellt, und die Widerlegung der Richtigkeit dieses Schlusses im einzelnen Falle zuläßt. Die richterlichen Vermuthungen sind nach Satz 1353 lediglich der Einsicht und Klugheit des Richters überlassen. Es wird ihm nur die Lehre gegeben, nicht leichthin auf Vermuthungen zu urtheilen, sondern blos auf wichtige, treffende und übereinstimmende Vermuthungen zu achten. Der Richter ist da-

Digitized by Google

her im Gebiete dieses Beweisgrundes ein Geschworner, denn es hängt rein von seiner inneren Ueberzeugung ab, ob er die Vermuthungen für schlagend erachtet, und besondere Regeln über Zahl und Art der Vermuthungen sind ihm nicht an die Hand gegeben, wie im bisherigen Strafprozeß. Toullier X. 21 meint, es müßten stets mehrere Vermuthungen vorhanden sein, um einen Beweis für vollkommen zu erachten, während Zachariä IV. S. 465. Note 4 dieses bestreitet.

Wenn der Vermuthungsbeweis das einzige Beweismittel ist, so wird es allerdings selten oder nie der Fall sein, daß eine Vermuthung hinreicht, um die richterliche Ueberzeugung vollständig zu begründen, wohl aber wenn die Vermuthung mit anderen nicht ganz zureichenden Beweismitteln zusammentrifft. Indessen war es gewiß nicht die Absicht des Gesetzes, über die Zahl eine Vorschrift zu geben. Dieser Vermuthungsbeweis hat nun zwar nach Satz 1353 ein sehr kleines Gebiet wie der Zeugenbeweis, und unsere Uebersetzung des Code civil enthält noch überdies den Fehler, daß sie aus dem Wort „acte" eine Urkunde gemacht hat, während der Urtext Rechtsgeschäfte meint, die wegen Betrugs oder Gefährde angefochten werden. Allein es ist dem Vermuthungsbeweis doch wieder durch andere Bestimmungen ein größeres Feld eingeräumt, namentlich durch die Bestimmungen über den Anfang eines schriftlichen Beweises und durch die Zulassung des Zeugen- also auch Vermuthungsbeweises in den Fällen des Satzes 1348. Und diesen beiden Bestimmungen pflegt die französische Praxis eine ziemlich weite Auslegung und Anwendbarkeit zu geben, wie man z. B. aus den bei Gilbert code annotée zu diesen Sätzen angeführten Entscheidungen ersehen kann. Bei uns werden diese Hülfsmittel, der Wahrheit Geltung zu verschaffen, im Allgemeinen nicht so fleißig und scharfsinnig benützt, wie in Frankreich, und zwar aus mancherlei Gründen theils nicht von den Parteien, theils nicht von den Gerichten. So findet man namentlich selten das Bemühen, den Beweis der Aechtheit einer Urkunde, für welche sich das Gutachten der Schreibverständigen erklärt hat, durch Vermuthungen zu vervoll-

Digitized by Google

ständigen, seltener wenigstens, als es in den einzelnen Fällen bei einer sorgfältigen Nachforschung sicherlich möglich wäre, solche Vermuthungen beizubringen, und doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Beweismittel hier so gut wie der Zeugenbeweis zulässig ist. Kann der Beweisführer den Wahrheitseid leisten, so hat man freilich dazu keinen so großen Anlaß, als wenn dieses nicht der Fall ist und dem Producten der Abläugnungseid auferlegt werden muß. Hier dürfte die Erfahrung dem Beweisführer sehr anempfehlen, sich alle Mühe zu geben, um treffende Vermuthungen für die Aechtheit beizubringen. Eigentlich hat der Beweisführer schon die allgemeine Vermuthung für sich, daß man es leichter wagt, eine ächte Urkunde abzuläugnen, als mit einer falschen Urkunde vor die Schranken des Gerichtes zu treten und sich einer schweren Strafe auszusetzen, allein diese Vermuthung kann natürlich als eine solche, welche in allen Fällen vorhanden wäre, kein Gewicht haben, um den Aechtheitsbeweis in einem einzelnen Falle zu unterstützen. Dagegen ist z. B.

1) vom Oberhofgericht II. Senat i. S. Heisch gegen Müller angenommen worden, daß es eine sehr erhebliche Vermuthung für die Aechtheit einer Urkunde sei, wenn einer von mehreren Erben die Urkunde des Rechtsvorfahrers als ächt anerkannt hat, während die übrigen die Aechtheit abläugnen. Ein Gerichtshof in Frankreich ist sogar so weit gegangen, das Geständniß eines Streitgenossen als Anfang eines schriftlichen Beweises gegen die anderen zu benützen, was jedoch sehr bedenklich erscheinen möchte, weil das Gesetz eine Schrift fordert, welche von demjenigen herrührt, wider welchen der Anspruch gerichtet ist. Wo aber Vermuthungsbeweis zulässig ist, kann man mit Grund einen solchen nach Umständen darin finden.

2) Als Anfang eines schriftlichen Beweises oder wenn man will, als geschriebene Vermuthungsgründe können auch Erklärungen der Parteien im Prozesse selbst benützt werden, welche zwar kein bestimmtes und vollkommenes Einräumen enthalten, aber doch die Behauptung des Beweisführers wahrscheinlich machen. Schon im gemeinen Rechte stellt man z. B. den Grund-


Digitized by Google

satz auf, daß die Regel „excipiens non fatetur“ kein Hinderniß für den Kläger sei, das vom Beklagten Vorgebrachte zu einer künstlichen Beweisführung zu benützen, wenn dasselbe eine Schlußfolge auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit des Klaggrundes darbieten und daher wenigstens so viel bewirken könne, daß der Kläger zum Ergänzungseide zugelassen wird.

Weber l. c. IV. §. 18.

In der franz. Praxis werden solche Erklärungen ebenfalls als Anfang eines schriftlichen Beweises benützt.

Gilbert l. c. ad 1347. n. 21 sqq.

In Sachen Restle gegen Trenkle hat das Oberhofgericht II. Senat auf den Grund einer solchen Erklärung der einen Partei die andere zum Notheide zugelassen.

3) Wenn der Satz 1348 in denjenigen Fällen, in welchen es dem Gläubiger unmöglich war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, den Zeugen- und Vermuthungsbeweis zuläßt, so ist hierunter nicht blos eine absolute physische Unmöglichkeit zu verstehen, wie zum Theil schon die dort aufgeführten Beispiele selbst andeuten. Es genügt eine moralische Unmöglichkeit, wie sich die französischen Schriftsteller ausdrücken. Wenn nämlich der Fall der Art ist, daß man von einem vernünftigen Menschen und nach dem gewöhnlichen Lebensverkehr nicht erwarten kann, daß er sich über das Rechtsgeschäft eine Urkunde ausstellen läßt, so muthet auch das Gesetz diese Vorsorge nicht zu. Wenn z. B. zwei Personen mit einander auf einer Reise begriffen sind, und der Eine sein Geld dem Anderen zum Aufbewahren, Tragen u. dergl. gibt, so kann der Erstere sein Eigenthum ebenso durch Zeugen und Vermuthungen beweisen, wie wenn er es in einem Gasthause abgegeben hätte. In einem derartigen Falle (Reinach gegen Iffinger) hatte das Hofgericht des Unterrheinkreises den Vermuthungsbeweis verworfen, das Oberhofgericht I. Senat aber hat ihn zugelassen. R.

Digitized by Google

LIII.

Anwendung der L.R.S. 720—722 bei der Ermordung mehrerer Personen.

(Marder gegen Müller.)

Am 8. Dzbr. 1842 Morgens fand man die Josef Müller Wittwe in Ballenberg nebst ihren drei Knaben, im Alter von 10 Jahren, 8 Jahren und der jüngste von 9 Monaten, in ihrer Wohnung ermordet. Allen Umständen nach hatte die Ermordung Abends zuvor gleich nach vollendetem Nachtessen stattgefunden. Sämmtlichen Getödteten war der Hirnschädel, wahrscheinlich mit einem Beile zertrümmert worden, und die Mutter, deren Schädel gleichfalls so zerschlagen war, daß ein Theil des Gehirns heraus lag, hatte außerdem noch Stichwunden. Sie und zwei der Knaben wurden in der Wohnstube gefunden und zwar der jüngste Knabe in der Wiege liegend. Der älteste Knabe, übelhörig und schwachen Geistes, lag ausgekleidet in seinem Bette in der Schlafkammer. Der Verdacht dieser That fiel auf Johann Götte von Schlageten und die Triebfeder schien Rachsucht wegen zurückgewiesener Heirathsanträge zu sein. Eine Ueberweisung desselben ergab sich nicht durch die Untersuchung, wohl aber hielt das Hofgericht des Oberrheinkreises die Verdachtsgründe für stark genug, um eine Detention auszusprechen, während das Oberhofgericht diese wegen nicht erheblich genug erscheinenden Inzichten wieder aufhob.

Bei der Theilung des von den Ermordeten zurückgelassenen Vermögens — die Kinder hatten anerfallenes väterliches Vermögen — gieng die Theilungsbehörde davon aus, daß das jüngste Kind

Digitized by Google

zuletzt gestorben sei und theilte hiernach die Verlassenschaft in zwei Hälften, die eine der väterlichen, die andere der mütterlichen Seitenverwandtschaft zuweisend. Die letzteren Erben traten jedoch mit einer Klage auf, worin sie behaupteten, die Mutter müsse nach L.R.S. 721 als die zuletzt gestorbene Person angesehen und daher die Theilung hiernach abgeändert werden. Es wurde auch in den ersten beiden Instanzen nach ihrem Antrage erkannt, in der dritten Instanz (Oberhofgericht II. Senat) jedoch die Klage abgewiesen, so, daß es bei der Unterstellung, als sei wenigstens eines der Kinder nach der Mutter gestorben und bei der gleichheitigen Vertheilung der Verlassenschaft nach beiden Seiten verblieb.

Ueber die hier zur Anwendung kommenden Gesetzesstellen und deren Auslegung ist vorerst folgendes zu bemerken.

Es gilt nach den Sätzen 135 und 136 im Allgemeinen die Regel, daß bei der Vertheilung der Verlassenschaft eines Verstorbenen diejenigen Verwandten nicht als Erben behandelt werden, von denen nicht gewiß ist, daß sie im Augenblicke der Erbschaftseröffnung gelebt haben. Die Erbschaft wird so vertheilt, als ob jene Personen nicht existirt hätten. Will Jemand durch die Behauptung, daß jene Person noch lebe oder im Momente der Erbschaftseröffnung noch gelebt habe, Rechte für sich ableiten, so muß er die Behauptung beweisen, sonst ist seine Klage zu verwerfen.

Hiernach wäre also die Verlassenschaft der Kinder so zu vertheilen gewesen, als hätte die Mutter nicht existirt, und so umgekehrt die Verlassenschaft der Mutter ohne Rücksicht auf das Dasein der Kinder im Momente ihres Todes.

Diese Grundsätze wollte man jedoch nicht zur Anwendung kommen lassen bei solchen Personen, die

1) sich wechselseitig beerben, und

2) in einer und derselben Gelegenheit — dans une même événement — somit auch ungefähr zur gleichen Zeit ums Leben kommen. Es sollte hier wenn immer möglich dabei verbleiben, daß das Vermögen als von der einen dieser Personen auf die andere übergegangen behandelt und vertheilt wird. Um nun aber die Priorität des Todes festzustellen, muß nach den Sätzen 720 ff.

Digitized by Google

in derartigen Sterbfällen vor Allem darauf gesehen werden, ob nicht aus den Umständen des einzelnen Falles, aus dem Hergang der Begebenheit, sich Vermuthungsgründe für das Ueberleben des Einen oder des Anderen ergeben. Es versteht sich wohl so ziemlich von selbst, daß es nicht die Meinung des Gesetzgebers war, es müsse ein Vermuthungsbeweis im Sinne des Satzes 1353 geführt werden, so daß der Richter durch eine Reihe von treffenden, wichtigen und übereinstimmenden Vermuthungen eine volle Ueberzeugung erlangen, und daß die Schlußfolgerung aus festen Vordersätzen der Kraft eines gewöhnlichen Indizienbeweises gleichkommen müsse. Es wird nicht mehr gefordert, als daß nach allen Umständen, die man kennt, die Wahrscheinlichkeit mehr für das Ueberleben der einen als der anderen Person spreche. So wird auch in Frankreich das Gesetz allgemein angewendet.

Läßt sich nun aber gar keine Wahrscheinlichkeit weder für das Eine noch für das Andere annehmen, so schöpft das Gesetz eine solche Wahrscheinlichkeit aus der Lebenskraft der Personen, und es bemißt diese nach dem Alter und Geschlecht. Es nimmt an, daß die Person, welche muthmaßlich die größere Lebenskraft also Widerstandsfähigkeit gegen die gemeinschaftliche Gefahr besessen, sich auch am längsten das Leben erhalten habe. Es werden zu diesem Zwecke die Altersstufen, welche zu beachten sind, im Gesetze angegeben. Offenbar ist die hieraus abgeleitete Wahrscheinlichkeit nichts weniger als ein konkludenter Vermuthungsbeweis, und diese gesetzliche Bestimmung selbst ist der klarste Beleg dafür, daß man auch bei Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles nicht zu scrupulös sein darf.

Wenn aber auch Alter und Geschlecht kein Auskunftsmittel an die Hand geben, weil beide gleich, beziehungsweise nahezu gleich sind, so soll der Erbgang dem gewöhnlichen Naturlauf angepaßt und deßhalb der Jüngere als zuletzt gestorben angesehen werden.

Diese letzte Bestimmung ist zwar im Gesetze ebenfalls als eine Vermuthung bezeichnet, indem es heißt, es gelte diejenige Vermuthung, wodurch der Erbgang dem gewöhnlichen Naturlauf nach-

Digitized by Google

geht, allein jene Bestimmung beruht darum doch nicht auf der Unterstellung einer größeren Wahrscheinlichkeit für das Ueberleben des Jüngeren, denn eine solche Wahrscheinlichkeit zu behaupten, würde jeden Grundes entbehren. Das Gesetz wollte vielmehr beim Abmangel aller Haltpunkte für eine bestimmte Wahrscheinlichkeit, den Knoten durchhauen, und demjenigen Erbgang den Vorzug einräumen, der dem gewöhnlichen Naturlauf nachgeht. Sein eben damit deutlich ausgesprochener Grund ist also ein ganz anderer als die Motive der vorausgegangenen Bestimmungen, indem der Gesetzgeber hier von einer Wahrscheinlichkeitstheorie, dort aber von der Absicht geleitet wurde, die Theilung nach dem gewöhnlichen Naturlauf als das letzte Auskunftsmittel zu behandlen, um den Erbgang von der einen auf die andere der gestorbenen Personen annehmen zu können. In ähnlicher Weise und gewiß auch nicht auf den Grund einer Wahrscheinlichkeit bestimmte ein Gesetz von 1796, daß, wenn mehrere solche Personen durch die Guillotine hingerichtet worden seien, ohne daß man wisse, welche zuerst, so soll die jüngere als die zuletzt hingerichtete angesehen werden.

Nun können aber die ums Leben gekommenen Personen zwar

1) zur gleichen Zeit, aber nicht durch dieselbe Begebenheit, sondern jeder durch eine besondere Ursache gestorben sein, oder es kann

2) das Alter der umgekommenen Personen nicht genau bekannt sein, so daß selbst das letzte Auskunftsmittel des Satzes 722 nicht Platz greifen kann. Für diesen letzteren Fall hatte der Entwurf des Code dieselbe Bestimmung, welche schon im Satze 136 enthalten ist, und sie wurde bei der Berathung als dem gemeinen Rechte angehörig gestrichen.

Locré législation X. p. 68.

Was aber den ersten Fall betrifft, so scheint ihn Zachariä Bd. I. S. 198. Note 3 gerade so behandlen zu wollen, wie wenn ein und dasselbe Ereigniß den Tod herbeigeführt hätte. Andere dagegen, so namentlich Chabot, Toullier, wollen hier, sofern die Umstände des einzelnen Falles keine Wahrscheinlichkeit an die

Hand geben, nicht den Satz 721 und auch nicht den Satz 136, sondern die Regel angewendet wissen, daß der Erbgang dem gewöhnlichen Naturlauf nachgehen soll, während

Marcadé droit civil IV. p. 26

diese Meinung bekämpft, und in diesem Falle auf den Art. 136 zurückgreift. Gegen die Anwendung des letzteren Satzes läßt sich namentlich geltend machen, daß es offenbar die Absicht des Gesetzgebers war, den Erbgang bei wechselseitig sich beerbenden Personen, so lange nur immer ein Auskunftsmittel möglich ist, welches die wechselseitige Beerbung nicht ausschließt, hiernach zu bestimmen. Wenn nun der Gesetzgeber in dieser Absicht für den Fall, wo alle Wahrscheinlichkeitsgründe fehlen, verfügt hat, daß der Erbgang nach dem gewöhnlichen Naturlauf sich richten soll, so wird es wohl dieser Absicht am meisten entsprechen, die gleiche Regel auch da eintreten zu lassen, wo zwar nicht gerade dieselbe Begebenheit den Tod herbeigeführt hat, dieser aber doch ungefähr zu derselben Zeit eingetreten ist, und Wahrscheinlichkeitsgründe für das Ueberleben des Einen oder Andern fehlen, auch solche wegen Mangels der Identität der Todesgefahr nicht in der Verschiedenheit der Lebenskraft nach Satz 721 gefunden werden können. Marcadé meint zwar, die Vermuthung des Satzes 722 passe nur da, wo Alter und Geschlecht gleich seien, aber nicht bei einer Verschiedenheit derselben, allein es wurde schon oben bemerkt, daß hier eigentlich von gar keiner Vermuthung mehr die Rede sein kann, sondern nur von einem Durchgreifen. Anlangend nun die Tödtung durch gewaltsame mörderische Angriffe, welche gegen mehrere Personen nacheinander unternommen worden sind, so scheint hier vor Allem die Vermuthung des Satzes 721, daß diejenige Person, welche nach Alter oder Geschlecht am meisten Widerstandsfähigkeit besessen, zuletzt angegriffen und getödtet worden sei, in keinem Falle an ihrem Platze zu sein. Man wird eher umgekehrt annehmen müssen, daß der Angriff zuerst dahin gerichtet worden sei, wo am ehesten Widerstand zu befürchten, oder der nächste Grund des Angriffes zu suchen war, wie dieses auch schon in älteren Entscheidungen der französischen Gerichte

Digitized by Google

bei einem Raubmord angenommen worden ist, wo die Mutter und zwei Kinder getödtet wurden. Es bildet also der Umstand, der nach Satz 721 eine Vermuthung für den früheren Tod des Jüngeren sein soll, vermöge der Eigenheit des Falles eine Vermuthung für das Entgegengesetzte. Wenn es daher keine anderen Anhaltspunkte z. B. in der Beschaffenheit der Wunden u. s. w. gäbe, als die Stärke des Alters, so müßte diese gerade den früheren Tod des Stärkeren vermuthen lassen, und es wäre alsdann diese umgekehrte Vermuthung eine solche, die aus der besonderen Beschaffenheit der Ereignisse fließen würde. Auch kann man strenge genommen nicht wohl sagen, daß dieselbe Begebenheit, z. B. Feuersnoth, Schiffbruch und dgl. den Tod Aller herbeigeführt habe, indem die Ermordung der vier Personen in vier sich ähnliche aber doch besondere und getrennte Handlungen zerfällt, die auf jede Person in eigener Weise eingewirkt haben. Wenn daher die Umstände des Falles keiner Wahrscheinlichkeit Raum gäben, so würde hier nach dem Bisherigen niemals der Satz 721 zur Anwendung kommen können, sondern nur die oben berührte Frage entstehen, ob der Satz 136, oder die letzte Regel des Satzes 722 entscheiden soll.

In dem Eingangs angeführten Rechtsstreite hat nun aber das Hofgericht des Seekreises angenommen:

1) es liege eine Begebenheit im Sinne des Satzes 720 vor,

2) es fehle an Umständen, welche das Ueberleben der einen oder anderen Person wahrscheinlich machen, weil die Thatsachen, woraus man dieses schließen wolle, also die Grundlagen des Vermuthungsbeweises selbst nicht vollständig erwiesen seien, es müsse daher

3) die Regel des Satzes 721 zur Anwendung kommen.

Das Oberhofgericht dagegen nahm an, daß mehr Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß wenigstens eines der Kinder nach der Mutter gestorben sei. Diese Wahrscheinlichkeitsgründe seien zwar nicht so stark, daß sie die Probe eines Vermuthungsbeweises beständen, und die Möglichkeit des Gegentheils fast gänzlich beseitigen, aber dieses sei auch nicht nothwendig.

Digitized by Google

Das Nähere besagen folgende

hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

— Es frägt sich vor Allem, ob solche Vermuthungsgründe, wie sie Art. 720 unterstellt, vorliegen oder nicht.

Beklagterseits sind als solche hervorgehoben, daß die Triebfedern des Mörders bei seiner That Rache und Eifersucht gewesen seien, hervorgerufen durch die Verschmähung seiner Heirathsanträge von Seiten der Wittwe Müller, daß also die Vermuthung dafür spreche, daß er zuerst durch ihre Ermordung seine Leidenschaft gekühlt habe, wobei noch der Umstand hervorgehoben ist, daß die Mutter allein im Stande gewesen wäre, wirksamen Widerstand zu leisten, oder durch Hülferuf das Vorhaben des Mörders zu vereiteln, was von Seiten der drei unmündigen Kinder nicht zu erwarten gestanden; daraus gehe hervor, daß der Mörder zuerst seinen Mordstahl gegen die Wittwe, und erst nachdem alle Gefahr des Widerstands, der Flucht, des Hülferufens oder der Vertheidigung von Seiten der Wittwe entfernt gewesen, gegen die hülflosen Kinder gezückt haben werde.

Zum Beweise dieser Vermuthungen wird sich auf die Untersuchungsakten i. U. S. gegen Johann Götte von Schlageten wegen Mords berufen, und noch weiter behauptet, daß aus solchen sich ergebe:

a) daß die Wittwe Müller wahrscheinlich von einer einzigen Person mit einem Beil nebst ihren drei Kindern 1—2 Stunden nach dem Nachtessen, beiläufig zwischen 7—9 Uhr Abends am 7. Dezember 1842 ermordet worden sei;

b) daß die Wittwe und der beiläufig 8jährige Sohn Paul Müller in der Wohnstube auf dem Boden liegend, der dreivierteljährige Sohn Joseph Müller aber ebendaselbst in der Wiege, dagegen der Sohn Remigius Müller in der Stubenkammer im Bette liegend gefunden worden sei;

c) daß die Wittwe bei der Ermordung mit ihren Werktagskleidern, ebenso auch der Sohn Paul, das Wiegenkind Joseph aber blos mit einem Hemdchen, und der im Bette liegende Remig Müller mit einem Hemde und Strümpfen bekleidet gewesen sei;

Digitized by Google

d) daß der 11jährige Remig Müller übelhörend gewesen;

e) daß der 8jährige Knabe Paul wahrscheinlich mit seinem Mörder gerungen habe, da seine Hosen und Strümpfe voll schwärzlichem Koth, da ihm blonde Locken ausgerauft und in der Stube umherzerstreut gewesen.

Aus diesen Umständen sei zu folgern, daß die Wittwe zuerst, dann der Sohn Paul Müller, hernach der Sohn Remigius Müller und zuletzt das Wiegenkind Joseph Müller ermordet worden sei. —

Um aus gegebenen Thatsachen Vermuthungen, wie sie L.R.S. 720 voraussetzt, zu abstrahiren, ist unzweifelhaft wesentliche Vorbedingung, daß jene Erstern vollständig nachgewiesen sind; denn fehlt es an dieser vollständigen Nachweisung, so ermangeln die Vermuthungen einer sichern Grundlage, und können — als selbst nur wieder auf Vermuthungen gebaut, — ein solches Ergebniß einer Schlußfolgerung nicht erzeugen, welches geeignet wäre, darauf eine rechtliche Beurtheilung zu bauen.

Von den von Seiten der Beklagten angeführten thatsächlichen Verhältnissen bezüglich der Ermordung der Wittwe Müller und ihrer Kinder, und insbesondere bezüglich der Person des angeblichen Mörders und seines Motivs, — aus welchen die Beklagten die Vermuthung, daß die Wittwe Müller zuerst getödtet worden sein solle, herleiten wollen, sind nach den Untersuchungsakten nur die Thatsachen als rechtlich vollständig erwiesen anzunehmen, daß die Mutter und die Kinder am 8. Dezember 1842 ermordet, und zwar die erste, und ihre beiden jüngsten Knaben in der Wohnstube, der älteste Knabe aber in der Nebenstube im Bette liegend, mit den oben sub c. bezeichneten Kleidungsstücken angethan — ermordet gefunden wurden, und daß von dem Knaben Paul Locken auf dem Fußboden lagen.

Alle andern hierher etwa relevirenden Thatsachen, auf welche die Beklagten die von ihnen aufgestellten Vermuthungen bezüglich des Ueberlebens stützen, gehören sämmtlich selbst in das Gebiet bloßer Vermuthungen, sind nicht erwiesen.

Es ist nämlich überall nicht erwiesen, wer der Thäter war,

Digitized by Google

namentlich nicht, daß die That dem hierwegen in Untersuchung gestandenen Johann Götte von Schlageten zur Last liegt, es ist nicht einmal ein solch dringender Verdacht auf ihm haften geblieben, daß eine Detention erkannt werden konnte.

Es fallen somit bei dieser Ungewißheit alle aus der Persönlichkeit des angeblichen Thäters und dessen besonderen Verhältnissen, in denen er zu der ermordeten Wittwe gestanden haben soll, sowie die hiernach unterstellten Motive zur That — abgeleiteten Vermuthungen, als auf unerwiesener thatsächlicher Basis beruhend, in sich zusammen.

Die Berufung der Beklagten auf den Physikus Ammann als Sachverständigen, ist unberücksichtigt zu lassen, weil eines Theils die Thatsachen, auf welche der Sachverständige sein Gutachten gründen soll, nicht genau angegeben sind, anderntheils aber, und soweit sie namentlich oben und in der desfallsigen Beweisantretung vom 28. Januar 1845 sub lit. a—d bezeichnet wurden, von der Art sind, daß, um aus denselben, was von dem Sachverständigen nach Antrag der Beklagten geschehen sollte, Vermuthungen, wie sie von ihnen aufgestellt werden, abzuleiten, keine besonderen technischen Kenntnisse erfordert werden, daher, wenn aus jenen von den Beklagten aufgestellten Vordersätzen Vermuthungen irgend einer Art zu schöpfen sind, solche ohne Vermittlung eines Sachverständigen vom Richter berücksichtigt werden könnten und müßten.

Daß aber jene von den Beklagten angeführten Momente nicht als Grundlage (Prämisse), um daraus Vermuthungen, wie sie der L.R.S. 720 im Auge hat, zu abstrahiren, dienen können, ist bereits oben ausgeführt.

Es würde hiernach für die Annahme, daß die Mutter die erste gewesen, welche dem Mörder erlag, bloß die, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Motiv zur That und die besondere Persönlichkeit des Thäters, geltend gemachte Vermuthung erübrigen, daß von ihr allein Widerstand, und vorzugsweise Entdeckung zu fürchten war, wenn der Mörder nicht sie zum ersten Ziel seiner Streiche machte.

Allein es ist auch hier, wenn auch unwahrscheinlich, doch

Digitized by Google

nicht erwiesen, daß nicht mehrere Thäter die That verübten, daher zugleich ein Angriff auf die Ermordeten gemacht wurde, ebensowenig liegt dafür ein Beweis vor, daß, als der Thäter in der Stube sein Werk der Tödtung begann, die Ermordeten Alle, und namentlich die Mutter, schon in derselben sich befanden, und nicht vielmehr erst später hinzukam.

Nur unter den ersten Voraussetzungen aber könnte jene Vermuthung anschlagen.

Wäre aber auch, wie dieß nicht der Fall ist, erwiesen, daß nur ein Thäter den Mord verübte, und die Mutter sich bei ihren Kindern in der Stube befunden habe, als derselbe seine Frevelthat begann, und wäre alsdann anzunehmen, daß derselbe zuerst seine Waffe gegen die Mutter gerichtet hätte, so ist hieraus noch in keiner Weise mit Sicherheit zu folgern, daß er dieselbe auch zuerst getödtet habe, vielmehr ist die Wahrscheinlichkeit für die Annahme des Gegentheils vorhanden.

Die Wittwe hatte nach dem Legalinspektions- und Sektionsprotocoll (vgl. U. A. Fasc. I. S. 11—17. 71—78) 13 nach dem gerichtsärztlichen Gutachten durch mehrere kräftige Hiebe veranlaßte Wunden, größtentheils am Kopfe und zwei am Halse, ausserdem noch 3 Stichwunden an beiden Oberarmen und dem rechten Schulterblatt. Die Beibringung dieser vielen und bedeutenden, mit großer Kraftanstrengung zugefügten Verletzungen, erforderte jedenfalls einen Zeitaufwand, der hinlänglich gewesen wäre, den Knaben Paul Müller in Stand zu setzen, Hülfe in den ganz nahe gelegenen Nachbarshäusern des Joseph Schmidle und Johann Kaiser zu erzielen, oder durch Rufen zum Fenster hinaus dem Thäter dieselbe Gefahr der Entdeckung zu bereiten, die ihn veranlaßt haben konnte, die Mutter zuerst anzugreifen. Daß aber der Knabe Paul auf die eine oder andere Weise die ihm unter jener Voraussetzung gegebene Zeit benutzt haben würde, ist anzunehmen, da er als ein intelligenter Knabe geschildert ist.

Es ist daher viel wahrscheinlicher, daß, wenn wirklich der Angriff zuerst auf die Mutter geschah, der Thäter denselben nur soweit ausführte, daß sie ihm keinen Widerstand mehr leisten,

Digitized by Google

oder seine Entdeckung bewirken könnte, daß er daher von ihr abließ, nachdem er sie durch seine Streiche unfähig gemacht hatte, auf eine oder die andere Weise ihm gefährlich zu werden, und er, nachdem er sie bloß in diesen Zustand versetzt sah, alsdann schon seine tödtliche Waffe gegen die Kinder richtete.

Wollte man aber auch, wofür jedoch keine Wahrscheinlichkeit vorliegt, annehmen, der Thäter habe wirklich alle Verletzungen, welche sich bei der Legalinspektion und Sektion vorfanden, auf die Mutter unausgesetzt geführt, so ist jedenfalls als gewiß vorauszusetzen, daß er, um an seinem blutigen Geschäfte nicht betreten zu werden, **sogleich** und **ohne Säumen** die mörderischen Streiche auf die Kinder führte. Bei diesen aber trat nach dem Gutachten der Gerichtsärzte, auf welches die Beklagten selbst provociren, der Tod **augenblicklich mit der Zufügung der Verletzung** ein, was in Bezug auf die Mutter nicht behauptet ist, vielmehr ist auch ohne technische Kenntnisse anzunehmen, daß die im kräftigsten Lebensalter sich befindende, und als eine robuste Frau bezeichnete Mutter, auch wenn sie vor allen Andern die bei ihr vorgefundenen Verletzungen erhalten haben sollte, sie diesen vermöge ihrer Altersstufe und kräftigen Körperbeschaffenheit nicht **im Momente der Zufügung**, wie dieß bei den Kindern der Fall war, vollständig, d. i. mit augenblicklichem Verlust des **Lebens** erlag, und die Folge derselben, der **Tod selbst später eintrat**, als bei den Uebrigen, worauf es allein, und nicht auf den ersten **Angriff** ankömmt.

Die Vermuthung, welche die Beklagten aus der Uebelhörigkeit des Remig Müller dafür, daß namentlich er erst nach der Mutter getödtet worden, weil von ihm keine Entdeckung zu fürchten gewesen, so ist, abgesehen davon was oben bezüglich der Vermuthung des Ueberlebens der Mutter schon angeführt ist, nur noch zu bemerken, daß diese aus der Uebelhörigkeit des Remig Müller beigezogene Vermuthung wieder den Beweis voraussetzt, daß der Mörder diesen Umstand gekannt habe, welcher Beweis aber nicht geführt ist, daher überall auch in Bezug auf Remig Müller kein Moment vorliegt, (besonders da wie oben schon be-

Digitized by Google

merkt, nicht erwiesen ist, daß die Mutter und Paul gleich Anfangs in der Stube waren,) woraus zu entnehmen wäre, in welcher Reihenfolge der Thäter seinen Angriff auf seine Opfer richtete.

Nach dem bisher Angeführten fehlt es sonach an dem Beweise der Thatsachen, welche besondere aus den Umständen der Begebenheit herzuleitende Vermuthungen für das Ueberleben der Einen oder Andern der umgekommenen Personen zu begründen vermöchten, und es tritt daher der Fall ein, in welchem auf die im L.R.S. 721. 721 a aufgestellte gesetzliche Präsumtion zurückgegriffen werden muß.

Das Gesetz hebt zwar nicht ausdrücklich den vorliegenden Fall, wenn nämlich Personen des mittleren Alters (über 15 und unter 60 Jahren) und solche der untersten Stufe (unter 15 Jahren) bei ein und derselben Gelegenheit umkommen. Allein Brauer (Erl. II. 22, 23) dessen Autorität als Verfasser des Art. 721 a bei Auslegung desselben von hohem Gewichte ist, führt ausdrücklich an, daß, obgleich dieser Satz buchstäblich zwar nur von Personen aus allen drei im Gesetz hervorgehobenen Altersstufen spreche, diese Bestimmung involvire, daß die mittlere Stufe gegen beide andere für überlebend gelten solle, folglich ein gemein anwendbarer Maßstab der Lebenskraft damit gegeben werde, so sei auch der Fall, wenn wie hier Personen der mittlern und jüngsten Altersstufen in Frage stehen, — und zwar zu Gunsten der mittlern Stufe — entschieden.

Hiernach wäre nach Maßgabe der hier anzuwendenden gesetzlichen Präsumtion bei der Theilung der Verlassenschaft der umgekommenen Personen die Annahme zu Grunde zu legen, daß zuerst Joseph, dann Paul, hierauf Remigius Müller und zuletzt deren Mutter A. M. Müller gestorben sei.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

— — Wie sich aus den über die Ermordung der Müller'schen Familie geführten Untersuchungsacten ergibt, wurden die Leichname der vier ermordeten Personen in dem Wohnzimmer, und

Digitized by Google

der daranstoßenden Kammer aufgefunden, in jenem lagen die Mutter, der achtjährige Knabe Paul und das noch nicht 9 Monate zählende Kind Joseph, die beiden ersteren mit ihren Kleidern angethan, auf dem Boden, das Kind Joseph dagegen in der Wiege, die Leiche des ältesten 10 jährigen Kindes, welches übelhörig und beschränkten Geistes gewesen sein soll, lag entkleidet in dem in der Kammer stehenden Bette.

Als Ursache des Todes stellte sich bei allen vier Leichen eine höchst wahrscheinlich durch dasselbe Instrument bewirkte vollkommene Zertrümmerung der Schädel dar, welche nothwendig bei jedem Einzelnen den augenblicklichen Tod zur Folge haben mußte. Die Gerichtsärzte haben dieß zwar nur rücksichtlich der drei Kinder ausgesprochen; da jedoch auch bei der Mutter nicht nur der Schädel gänzlich zerstört, sondern auch durch die entstandenen Oeffnungen ein Theil der Hirnsubstanz ausgelaufen war, so leidet es keinen Zweifel, daß auch diese während des Actes der Verwundung gestorben ist.

Hieraus und aus dem weiteren Umstande, daß an den vier Leichen der Verdauungsproceß bis zu demselben Stadium fortgeschritten war, ergibt sich ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, daß Mutter und Kinder der gegen sie gerichteten ununterbrochenen fortgesetzten Kraftanstrengung eines und desselben Thäters erlegen sind.

Mag es unter diesen Umständen auch unaufklärbar sein, ob die Mutter oder der bei ihr befindliche Sohn Paul zuerst angegriffen und getödtet wurden, so spricht doch die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die im Bette und in der Wiege liegenden Kinder erst nach Beseitigung der Mutter ermordet worden sind.

Es liegt in der Natur der Sache, daß ein gegen Mehrere ausgeführter Mordangriff zuerst gegen die Person gerichtet wird, von welcher Gegenwehr und Schutz für die Anderen zu erwarten ist; dieß ist aber, wenn es sich von einem solchen Angriff gegen eine Mutter und deren unmündige Kinder handelt, jedenfalls die Mutter, und nur in der Unterstellung, daß im vorliegenden Falle zuerst die Mutter und der Knabe Paul getödtet

Digitized by Google

wurden, ist es erklärbar, daß der Thäter sein Werk an den zu Bett, beziehungsweise in der Wiege liegenden Kindern vollbringen konnte, ohne durch thätliche Gegenwehr, oder wenigstens durch ein die Nachbarschaft aufbietendes Hülfsgeschrei gehindert zu werden.

Dem will zwar entgegengehalten werden, die Mutter könne die Stube erst nach der Ermordung jener Kinder betreten haben, oder sie könne zuerst nur wehrlos gemacht, und erst nach Ermordung der Kinder getödtet worden sein.

Diese Unterstellungen verlieren aber jede Bedeutung, wenn man erwägt, daß zu jener Zeit, nämlich an einem Winterabend, die Wohnstube jedenfalls der natürlichste Aufenthaltsort der ganzen Familie war, daß der Thäter einen Angriff auf die im Bette befindlichen Kinder gar nicht unternehmen konnte, ohne sich der Gefahr auszusetzen, von der herbeieilenden Mutter gestört und der Nachbarschaft verrathen zu werden, und daß endlich nicht einzusehen ist, was den Thäter veranlaßt haben sollte, von der allein zu fürchtenden Gegnerin vor der vollbrachten Tödtung abzulassen.

Der Wahrscheinlichkeit des Vorabsterbens der Mutter stehen aber die Ergebnisse der Untersuchung noch in anderer Weise zur Seite.

Es hat sich nämlich kein anderes Motiv der That als Feindschaft und Rachsucht gegen die Mutter auffinden lassen, es ist das Wahrscheinlichste, daß verschmähte Liebe und getäuschte Hoffnung Grund dieser Feindschaft gewesen sind. Auch das liegt aber in der Natur der Sache, daß ein aus Rachsucht unternommener Mordangriff, zumal wenn derselbe von einem Menschen ausgeht, dessen bis zum Wahnsinn gesteigerte Leidenschaft aus seinen Handlungen erkennbar ist, zuerst gegen den Gegenstand des Hasses gerichtet werden wird. Nur die durch den Angriff auf die Mutter gesteigerte Leidenschaft mag sodann den Thäter zum Mord, namentlich der beiden im Bette liegenden Kinder fortgerissen haben.

Muß aber in Folge dessen im vorliegenden Falle auch nur als wahrscheinlich angenommen werden, daß wenigstens eines

Digitized by Google

der Kinder die Mutter überlebt habe, so ist die Klage unbegründet, gleichviel in welcher Reihenfolge im Uebrigen die Geschwister unter sich, und im Verhältniß zur Mutter gestorben sein mögen.

Denn nur eine solche Wahrscheinlichkeit im Gegensatze zu einem eigentlichen Vermuthungsbeweis verlangt der Gesetzgeber im L.R.S. 720, wenn es sich davon handelt, das Ueberleben einer oder der anderen von mehreren zusammen umgekommenen Personen aus den Umständen der Begebenheit herzuleiten.

Chabot I. pag. 16.

R.

Digitized by Google

LIV.

Erlöscht das Werkverding durch den Tod Eines von mehreren Unternehmern? Natur der für diese geleisteten Bürgschaft.

(Gailingen gegen Welte.)

Die israelitische Gemeinde zu Gailingen trug bei dem Amte Radolfzell klagend vor:

1) Sie habe den Bau eines Schul- und Gemeindehauses an die Gebrüder Konrad und Dominik Schneble in Accord gegeben.

2) Vor der Erfüllung dieses Vertrages sei Dominik Schneble gestorben, ohne Vermögen zu hinterlassen, und Konrad Schneble habe sich den Vertrag zu halten ausser Stand erklärt, und seine Zahlungsunfähigkeit angezeigt.

3) Die Gemeinde habe deßhalb den Bau anderweit auf Kosten des Accordanten in Accord gegeben, und dabei in Vergleich der beiden Accordsummen dem späteren Accordanten 1446 fl. 41 kr. mehr bezahlen müssen.

4) Der Beklagte habe für die richtige Haltung des Vertrages und gestellter Caution zu Gunsten der Klägerin als Bürge und Selbstschuldner zu haften versprochen, und man habe denselben von der weiteren Veraccordirung in Kenntniß setzen lassen, wobei er aber nicht erschienen sei.

5) Der Beklagte soll deßhalb für schuldig erklärt werden, der Klägerin obigen Mehrbetrag zu ersetzen. Ganz dieselbe Klage wurde auch, jedoch gesondert, gegen die Ehefrau des K. Schneble erhoben, weil sich dieselbe auf gleiche Weise wie Welte, verbürgt haben soll.

Digitized by Google

Nach eingekommener Vernehmlassung und Replik wurde die Klage bei Amt als zur Zeit unstatthaft abgewiesen, weil eine Entschädigungsklage vorliege, und die Setzung in Verzug fehle.

Die Klägerin appellirte, und führte in thatsächlicher Beziehung weiter an,

6) der Beklagte habe sich für den Ersatz des Schadens verbindlich gemacht, der durch die Nichterfüllung des fraglichen Vertrages der Klägerin zugehe.

7) Konrad Schneble habe auf eine bei Amt gegen ihn erhobene Beschwerde wegen Nichtausführung des Baues erklärt, er sei nicht im Stande den Bau zu vollenden. Man solle ihn an andere Accordanten abgeben, und er wolle den Mehraufwand aus der Caution ersetzen.

8) Das Amt habe hierauf den Synagogenrath ermächtiget, einen anderweiten Accord auf Kosten und Gefahr des Konrad Schneble abzuschließen.

Das Hofgericht bestätigte das amtliche Urtheil. Es besagen die

hofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

„Die Klage ist ungegründet. Durch die übernommene Bürgschaft wurde der Beklagte nach L.R.S. 2011, 2021, 1200, 1203 verbindlich, den von den Bauunternehmern eingegangenen Vertrag auf den Fall zu erfüllen, da diese selbst es unterließen. Eine größere Verbindlichkeit, als sie von den Hauptschuldnern eingegangen war, hat der Beklagte nicht übernommen.

Wenn also Konrad Schneble die Bauarbeiten einstellte, und erklärte, sie nicht vollenden zu können, so hätte die Klägerin den Beklagten zur Erfüllung des Vertrags auffordern, und wenn er sich dessen weigerte, nach L.R.S. 1144 und §. 979 Pr.=O. sich ermächtigen lassen sollen, das unerfüllte Versprechen auf Kosten des Beklagten vollziehen zu lassen. Dieses Verfahren wurde aber gegen den Beklagten nicht eingehalten, und er ist daher auch zur Zahlung des durch die anderwärtige Verdingung der Bauarbeiten entstandenen Mehraufwandes nicht schuldig, da diese Verbindlichkeit weder aus der ursprünglich übernommenen Bürgschaft,

Digitized by Google

noch aus irgend einem spätern Rechtsvorgang gegen den Beklagten folgt.

Die Behauptung der Klägerin, daß es genüge, daß sie den Hauptschuldner Konrad Schneble in Verzug gesetzt habe, und seiner Zeit vom Amte Radolfzell ermächtigt worden sei, auf Kosten desselben einen anderweiten Accord abzuschließen, ist unrichtig; denn kein Gesetz bestimmt eine solche Folge für den Bürgen, vielmehr ergiebt sich aus den Vorschriften über die Bürgschaft, daß die Pflicht zur Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags bei dem Bürgen von den nämlichen Bedingungen, wie bei dem Hauptschuldner abhängig ist.

Die in der Appellationsbeschwerdeschrift aufgestellte Behauptung der Klägerin, daß der Beklagte sich ihr zur Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags von Seiten des Hauptschuldners verbindlich gemacht habe, und es auch deßwegen nicht der Setzung in Verzug gegen ihn bedurfte, enthält, insofern sie nicht bloß etwa eine irrige Folgerung aus dem Bürgschaftsvertrag ist, einen ganz neuen Klaggrund, indem die Klage lediglich nur auf die behauptete Bürgschaft gegründet wurde; sie kann daher nach §. 1221 No. 5 der Pr.-O. jetzt nicht mehr berücksichtigt werden."

Bei der oberhofgerichtlichen Deliberation wurde folgendes vorgetragen:

I. Die von dem Beklagten angeblich geleistete Bürgschaft hat offenbar nicht die Bedeutung, daß der Beklagte den Bau ausführen soll, wenn ihn die Accordanten nicht ausführen. Es ist vielmehr der einfache und natürliche Sinn dieser Bürgschaft in der Beschwerdeschrift zweiter Instanz ganz richtig dahin angegeben worden, daß der Bürge für die Geldverbindlichkeiten haften wolle, die dem Accordanten aus diesem Vertrage erwachsen mögen, denn wer für fremde Handlungen oder Unterlassungen z. B. für die Führung einer Vormundschaft als Bürge einsteht, übernimmt damit nicht subsidiarisch die Verbindlichkeit zur Vornahme, beziehungsweise Unterlassung der Handlung statt des Verpflichteten, welch' letzteres ohnedieß ohne allen Sinn wäre, sondern er haftet für die Zahlung des Interesses, namentlich

Digitized by Google

wenn das Geschäft der Art ist, daß es dem Hauptschuldner nur in Rücksicht auf bestimmte Fachkenntnisse übertragen wurde.

Troplong cautionnement Nr. 51.

Demnach ist die Behauptung der Klägerin, daß sich der Bürge verbindlich gemacht habe, für die aus dem Vertrag erwachsenden Geldforderungen an den Hauptschuldner einzustehen, nichts weniger als eine Klagänderung, sondern eine ganz richtige Folgerung aus dem schon in I. Instanz behaupteten Bürgschaftsvertrag.

II. Auch die nachträglich behauptete amtliche Ermächtigung zur zweiten Veraccordirung kann nicht als eine unzulässige Neuheit angesehen werden. Sie wäre es allerdings, sofern sie einen neuen Klaggrund enthielte, allein nicht jede neue Thatsache, welche der ursprünglichen Geschichtserzählung der Klage später hinzugefügt wird, ist ein neuer Klaggrund, causa actionis. Sie enthält vielmehr nur eine nach §. 344 zu jeder Zeit statthafte Vervollständigung der Klage, sofern der frühere Forderungstitel identisch bleibt, und kein neuer Titel hinzugefügt wird. Weder das eine noch das andere ist hier der Fall. Klaggrund bleiben das Werkverding, die Bürgschaft, die Nichterfüllung des ersteren und die daraus entstandenen weiteren Folgen. Ist nun in der Beschwerdeschrift näher angegeben worden, welches Verfahren vor der zweiten Versteigerung stattgefunden hat, so ist dieses nur eine Vervollständigung der Geschichtserzählung, welche zugelassen werden muß.

III. Was den angeblichen Mangel einer Verzugsetzung der Bürgen anbelangt, so ist diese Bemänglung der Klage aus mehrfachen Gründen unstichhaltig. Einmal kann bei einer Bürgschaft, deren Wesen gerade darin besteht, daß man für die wegen Nichterfüllung des Hauptschuldners entstehenden Geldforderungen haften will, keine Klage oder ein dieser ähnliches Ansinnen auf Erfüllung des Vertrages gegen den Bürgen gerichtet werden, weil dieser sich zu der Leistung selbst nicht verpflichtet hat, sondern erst haftbar wird, wenn eine Geldverbindlichkeit des Hauptschuldners entstanden ist. Es entscheidet hier nur der Umfang der geleisteten Bürgschaft gemäß Satz 2016.

Sodann aber ist es gar keine Entschädigungsforderung, wenn

Digitized by Google

der Gläubiger das fordert, was dem dritten Accordanten mehr bezahlt werden mußte, als dem ersten versprochen war. Wer nach Satz 1144 und den §§. 979, 980 der Pr.-O. ermächtiget worden ist, die Leistung sich durch einen Dritten prästiren zu lassen, hat durch die Leistung des Dritten nichts anderes empfangen, als was ihm vertragsmäßig versprochen wurde. Der Schuldner hat dabei allerdings die Gefahr auf sich, daß diese Leistung durch den Dritten mehr kostet, als was ihm selbst dafür versprochen wurde, allein der Gläubiger empfängt dadurch in keiner Weise ein Mehreres, als was er empfangen hätte, wenn der Vertrag sogleich wäre vom Schuldner selbst erfüllt worden. Es kann sich zwar daraus ergeben, daß der Leistungspreis billig bestimmt war, allein dieß ist alsdann ein Gewinn, den der Gläubiger durch den Abschluß des Vertrages selbst bezogen hat, es ist aber nicht eine Vergütung, die neben der versprochenen Leistung für den entgangenen Gewinn oder positiven Schaden gegeben wird, der sich als Folge der verspäteten Erfüllung darstellt. Nur so weit der Gläubiger auch noch derartige Ansprüche erhebt, kann von einer Entschädigungsforderung die Rede sein. Eben deßhalb unterscheiden auch die angeführten §§. der Pr.-O. zwischen der Leistung, ihrem Werthe, und der ausserdem noch möglichen Entschädigungsforderung. Eben so unterscheidet der Satz 1205 zwischen dem Werthe einer versprochenen Sache, und der Entschädigung. Die Differenz in den beiden Summen des dem Schuldner versprochenen, und von dem Dritten geforderten Preises, ist überhaupt nur eine zufällige Erscheinung, die z. B. gar nicht eintritt, wenn dem Schuldner keine Gegenleistung oder kein bestimmter Preis versprochen wurde.

In so weit erscheinen daher die Einwendungen gegen die Klage nicht begründet, dagegen erheben sich andere Bedenken.

IV. Es ist nämlich auch noch eine Realcaution gestellt, und von dem Beklagten eingewendet worden, daß die Klägerin auf den Grund derselben ihre Forderung mit Vorzugsrecht in der Gant des K. Schneble angemeldet habe, wodurch die Bürgen befreit seien.

Digitized by Google

Diese Thatsachen sind nun zwar eingeräumt, aber für unerheblich erklärt worden, weil die Beklagten Selbstschuldner seien. Sie sind auch in so fern unerheblich, als daraus die gänzliche Befreiung der Bürgen abgeleitet werden will. Es fragt sich jedoch, in welchem Haftbarkeitsverhältnisse die Bürgen und die Realcaution stehen, ob der Kläger beide miteinander beliebig angreifen dürfe, oder ob die Bürgschaft nur in subsidium der Realcaution geleistet worden sei. In der Bürgschaftsurkunde soll es heißen, daß die Bürgen für die richtige Haltung des Vertrages und gestellter Caution haften wollen. Dieß läßt deutlich auf die ohnedieß sehr natürliche Absicht der Bürgen schließen, daß sie nur hülfsweise, nämlich für den Fall eintreten wollen, wenn die Caution nicht ausreiche. Sie bleiben alsdann immer noch für die richtige Haltung des Vertrages verantwortlich, aber erst nach Erschöpfung der Realcaution, und es verdient diese Auslegung um so mehr den Vorzug, als der Umfang der Bürgschaft im Zweifel möglichst zu beschränken ist. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Beklagte sich als Selbstschuldner verpflichtet haben soll. Er hat dadurch allerdings auf die Einrede der Vorausklage, sowie auch auf die Einrede der Theilung zwischen ihm und der weiteren Bürgin verzichtet, und dieser Verzicht äussert seine volle Wirkung, wenn überhaupt die Reihe an die Bürgen kommt, allein gerade dieses ist nach dem Vertrage selbst an die Bedingung geknüpft, daß die Caution nicht ausreiche, weil der Bürge sich für die Richtigkeit der gestellten Caution verbunden hat.

Endlich kann man

V. noch die Frage aufwerfen, ob nicht durch die in der Klage selbst aufgestellte Behauptung, daß einer der Unternehmer vor Einleitung irgend eines Verfahrens gegen dieselben gestorben sei, die Folge sich ergebe, daß eben deßhalb der Vertrag von jenem Zeitpunkte an als aufgehoben zu betrachten sei, weil der Satz 1795 verfügt, daß das Werkverding durch den Tod des Werkmeisters, Baumeisters oder Unternehmers erlösche. Dafür, daß der Ueberlebende von zwei Unternehmern demohngeachtet das Werk

Digitized by Google

allein fortsetzen muß, scheint nicht nur die Untheilbarkeit der Leistung an sich, sondern auch der weitere Umstand zu sprechen, daß sich die Unternehmer überdieß für sammtverbindlich erklärt haben.

Für die Erlöschung des ganzen Vertragsverhältnisses aber sprechen folgende Gründe:

1) Die Motive des Satzes 1795 bestehen darin, daß im Interesse des Werkverdingers selbst angenommen wird, er habe mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Unternehmers, wegen seiner Fachkenntnisse oder sonstigen Zuverlässigkeit den Vertrag abgeschlossen, und es könne ihm daher nicht zugemuthet werden, den Vertrag fortzusetzen, wenn diese Bestimmungsgründe mit der Person des Unternehmers aufhören. In Rücksicht dessen ist übrigens nicht blos verfügt worden, daß dem Besteller das Recht zustehen soll, entweder den Vertrag aufzugeben oder denselben fortzusetzen, welches Recht ihm nach Satz 1794 unter gewissen Bedingungen ohnedieß gegen den Unternehmer zukommt, sondern es ist für beide Theile absichtlich die Regel ausgesprochen worden, daß der Vertrag aufgelöst sei, und diese Auflösung tritt daher Kraft Gesetzes ein. Wenn also der Fall vorhanden ist, daß der Besteller sagen kann, der Vertrag sei als aufgelöst zu betrachten, so können immer auch die auf der anderen Seite interessirten Personen die Vertragsauflösung für sich in Anspruch nehmen, sofern nichts anderes bedungen wurde. Es fragt sich demnach nur, ob die Motive des Gesetzes auch da eintreten, wo Jemand mit mehreren Werkmeistern die Ausführung eines und desselben Werkes verdungen hat.

Sieht man auf die im gewöhnlichen Leben vorkommenden Fälle dieser Art, um in jedem einzelnen zu untersuchen, welche Rücksichten den Besteller bestimmt haben mögen, so wird man zu verschiedenen Resultaten kommen; bald wird man sagen können, die Persönlichkeit des Ueberlebenden habe den Bauherrn zum Werkverding veranlaßt, bald umgekehrt. Eine solche Untersuchung der einzelnen Fälle darf aber bei mehreren Unternehmern eben so wenig angestellt werden als es bei einem einzigen geschehen darf, und nach den Diskussionen hat die Rücksicht, daß

Digitized by Google

keine derartigen Unterscheidungen gemacht werden sollen, wesentlich zu der allgemeinen Fassung des Satzes 1795 beigetragen. Es kommt nur darauf an, ob die Gründe des Gesetzes hier ebenso Platz greifen können, wie bei einem einzigen Unternehmer, und dieß wird wohl Niemand bezweifeln. Es ist möglich, daß die mehreren Unternehmer verschiedene Fachkenntnisse besitzen, auf deren Zusammenwirken bei dem Unternehmen gerechnet worden ist. Oder es kann der Eine von ihnen gar keine Fachkenntnisse besitzen, und nur seiner Zahlbarkeit wegen mit in den Vertrag aufgenommen worden sein und dgl.

Hier wird es doch gewiß dem Geiste des Gesetzes entsprechen, wenn man dem Bauherrn das Recht einräumt, zu sagen, daß ihn gerade das Zusammenhalten und die gesellschaftliche Vereinigung beider Unternehmer zur Eingehung des Vertrages bestimmt habe, und daß mit dem Wegfallen dieser Voraussetzung der Vertrag als aufgelöst zu betrachten sei. Bejaht man aber diese Frage in seinem Interesse, und zwar so, daß auch der überlebende Unternehmer nicht die Fortsetzung des Vertrages fordern kann, so muß man dieses Recht auch für den anderen Theil als vorhanden betrachten, weil ja die Bestimmung des Satzes 1795 dahin geht, daß der Vertrag für beide Theile aufgehoben sei.

2) Wollte man den Ueberlebenden und die Bürgen anhalten, den Vertrag auf Verlangen des Bestellers allein fortzusetzen und zu halten, während von nun an die Erben des Verstorbenen keine Verantwortlichkeit mehr haben, soweit nicht schon durch Handlungen oder Unterlassungen des Verstorbenen vor seinem Tode eine Klage gegen ihn begründet war, so würde man dieselben in eine weit schlimmere Lage versetzen als diejenige ist, in welche sie durch die gesellschaftliche Uebernahme des Werkes resp. der Bürgschaft getreten waren. Untheilbarkeit der Leistung und Sammtverbindlichkeit bewirken nur dem Gläubiger gegenüber die Pflicht zur Leistung des Ganzen. Zwischen den Schuldnern aber besteht das Verhältniß, daß derjenige, welcher das Ganze geleistet hat, den Rückgriff auf den Mitverpflichteten nehmen kann, und der Bürge kann von den Hauptschuldnern das Ganze

Digitized by Google

fordern. Es ist daher für diese von der größten Wichtigkeit, daß aus der Reihe der Verpflichteten keiner herausgezogen und frei gelassen wird, weil ihnen dadurch der Rückgriff abgeschnitten würde. Eben deßhalb hat der L.R.S. 1210 bestimmt, daß die Freilassung eines Sammtschuldners auch die übrigen befreie, soweit diese ihren Rückgriff auf den Freigelassenen gehabt hätten, und den Bürgen gegenüber würde der Gläubiger durch Freilassung eines der Hauptschuldner der Einrede des Satzes 2037 Raum geben. Wenn nun das Gesetz selbst eine Aufhebung der Verpflichtung für einen der Mitverpflichteten ausspricht, so kann es nicht die Absicht haben, die Mitinteressenten dadurch in eine schlimmere Lage zu versetzen, sondern es muß das ganze Vertragsverhältniß nach Satz 1795 als aufgehoben angesehen werden.

3) Hieran ändert auch die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit der Unternehmer nichts. Dieses ist ein Geding zum Vortheil des Bestellers, und hat die Wirkung, daß nicht blos die Leistung selbst als untheilbar von Jedem ganz verlangt werden kann, sondern auch die Geldforderungen, daß somit der Satz 1225 wegfällt. Man würde aber dieses Geding zum Nachtheile des Bauherrn auslegen, wenn man daraus die Folge ableiten wollte, daß der Vertrag ungeachtet des Todes eines der Unternehmer fortbestehen müßte, also auch der Verdinger nicht abgehen könne.

Die Stimmführer vereinigten sich dahin, das hofgerichtliche Urtheil aus den unter IV. angeführten Gründen zu bestätigen, und die übrigen Fragen wurden deßhalb nicht definitiv entschieden.

R.

Digitized by Google

Register.

A.

Digitized by Google

Digitized by Google

C.

D.

E.

Digitized by Google

Seite.

F.

G.

H.

J.

Digitized by Google

K.

L.

M.

N.

Digitized by Google

Digitized by Google

T.

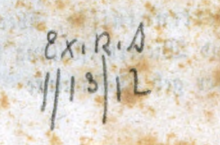
U.

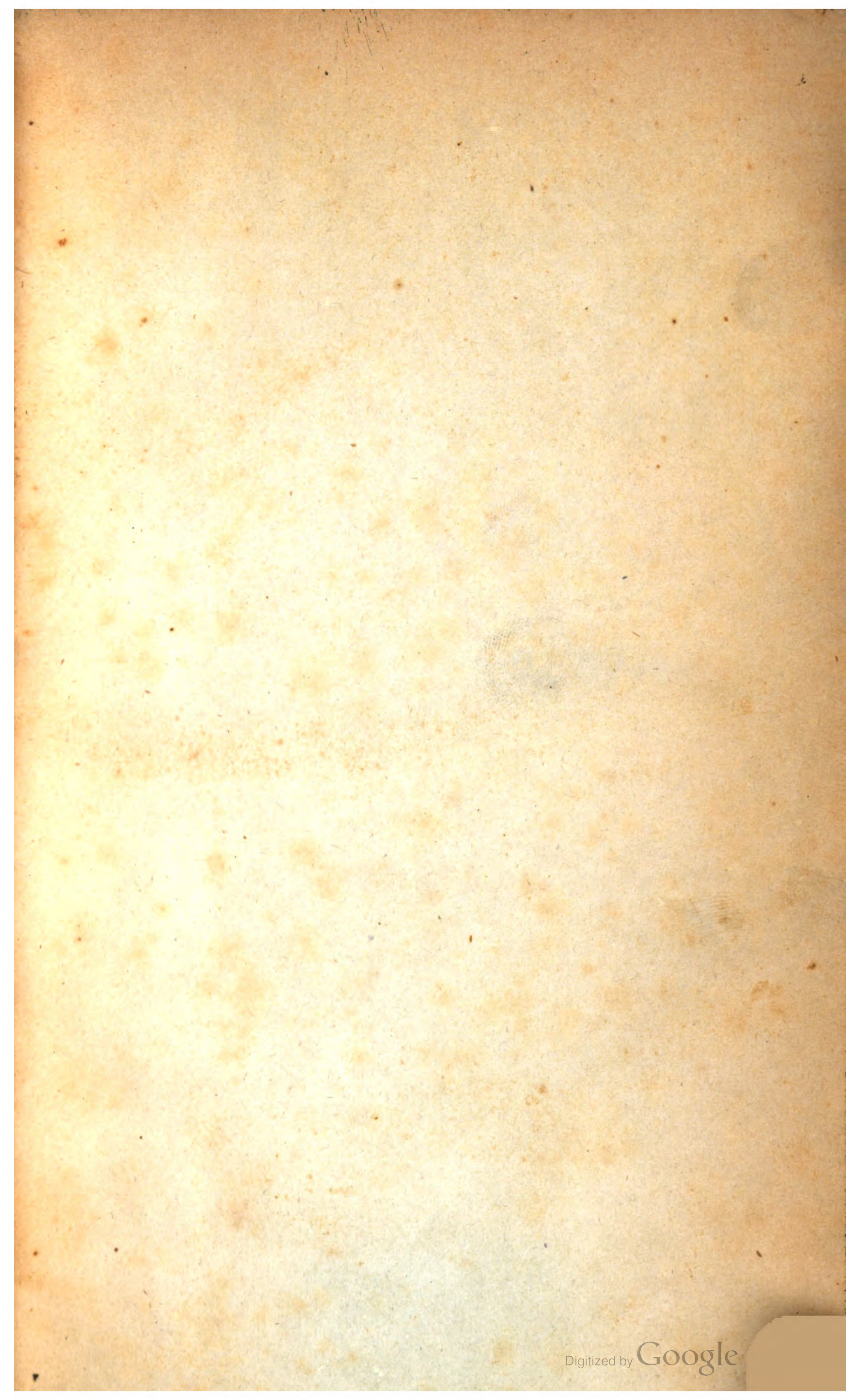
V.

Digitized by Google

W.

Z.


Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google


Digitized by Google